PER L'VIII CENTENARIO

DELLA

UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

STUDI

GIURIDICI E STORICI

OFFERTI DA

ILARIO ALIBRANDI — FRANCESCO BUONAMICI
PIETRO COGLIOLO — CONTARDO FERRINI — MUZIO PAMPALONI — SILVIO PEROZZI
GIUSEPPE BRINI — CARLO FADDA — VITTORIO SCIALOJA

PROFESSORI DI DIRITTO ROMANO

ROMA
L. PASQUALUCCI, EDITORE

1888

ALLA

UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

PER L'VIII CENTENARIO DELLA SUA FONDAZIONE

OFFRONO

GLI AUTORI

INDICE

SOPRA UN SENATOCONSULTO

FATTO NELL'ANNO 176 DELL'ERA VOLGARE

Memoria di Ilario Alibrandi

---

1. — Il Cuiacio nel libro terzo, capo ottavo, delle Osservazioni avvertì con molto accorgimento che la porzione della eredità dovuta ai figli dai testatori, comunemente detta legittima, fu senza meno determinata da qualche fonte di dritto scritto, come la quarta Falcidia, Sabiniana, Pegasianica ed Antoniniana; e procedendo innanzi affermò che la determinazione della quarta legittima deve ripetersi da una legge di M. Antonino il filosofo, come insegna Niceforo Callisto nel libro terzo della Storia ecclesiastica capo 31. Infatti questo storico scrive: « Μάρκος δὲ ὁ τούτου (di Antonino Pio) υἱὸς τὸν δίκαιον τουτονὶ νόμον καθίστα, τοῦ καὶ ἐξ ἀδιαθέτου κληρονομεῖν τὰ τέκνα τὸν πατέρα καὶ τῷ ἀχαριστουμένῳ παιδὶ τὸ τέταρτον μέρος τῆς πατρικῆς οὐσίας δίδοσθαι. » cioè: « Marco figlio di costui *(Antonino)* stanziò questa giusta legge, che al padre anche intestato i figli fossero eredi, e che al figlio non beneficato si desse la quarta parte del patrimonio paterno. » Di questo passo di Niceforo servissi ancora Guido Panciroli per dichiarare l'origine della legittima *(Thesaurus variar. lection.*, lib. I, cap. 39).

2. — Non fa meraviglia che Niceforo parli di una legge del tempo di M. Aurelio, quando leggi propriamente dette più non si facevano coi suffragi del popolo. Giacchè è noto che anche i classici giureconsulti dell'epoca di Severo ed Antonino usarono talvolta il vocabolo *lex* in senso generico

da comprendervi i Senatoconsulti e le costituzioni de' principi (L. 7 pr. ff. *de capite minutis,* IV, 5; L. 9 § 4 ff. *de S. C. Macedon.* XIV, 6; L. 21 unita alla L. 7 *de legatis praestandis*, XXXVII, 5). Molto più poi gli autori che scrissero dopo la traslazione dell'impero in Oriente usarono indicare col nome di leggi i Senatoconsulti e le costituzioni imperiali. Così Aurelio Vittore scrisse di Settimio Severo: « *Legum conditor longe aequabilium* » *(de Caes.*, cap. XX, § 23).

3. — Certo ad un fonte di diritto scritto accenna l'Imperatore Leone quando chiama la legittima « *quarta pars quae eisdem liberis debetur ex legibus* » (L. 6 pr. Cod. *de secundis nuptiis*, V, 9). Anche Giustiniano riferisce ad una legge (νόμος) la determinazione della quarta. Infatti, dopo aver segnalato nel proemio della Novella XVIII l'inconveniente che nasceva dalla facoltà data ai genitori, che avessero molti figli, di lasciare nove oncie ad estranei, mentre i figli si dividevano tra loro tre sole oncie, dice nel capo primo: « *Haec nos moverunt ut corrigeremus legem* — Ταῦτα ἡμᾶς ἐκίνησεν ἐπανορθῶσαι τὸν νόμον. » E nel proemio della Novella I, § 2° dice che la legge (ὁ νόμος) impone ai testatori la necessità di lasciare ad alcuni una certa porzione.

4. — L'anno preciso in cui fu determinata la quantità della porzione legittima ci vien rivelato dal *Chronicon Paschale*, detto da alcuni Alessandrino, in cui sotto l'Olimpiade 239, e nominatamente sotto i consoli Pollione ed Apro vien registrato che nel loro consolato fu fatta la legge che al padre intestato succedessero i figli « κληρονομεῖν τὸν πατέρα τὰ τέκνα » e che al figlio non beneficato (ἀχαρίστῳ) si desse la quarta parte della eredità paterna. Grandissima è l'autorità di questa testimonianza, poichè, come avverte il Du Cange nella prefazione, la prima parte del Cronico fu scritta al tempo di Costanzo, il resto al tempo di Eraclio. Lo stesso Du Cange nota ancora sotto il passo del Cronico testè riferito: « *Eadem iisdem verbis habentur apud Nicephorum Callistum*, lib. 3, cap. 31 *et in Synagoge historiarum Scaligeriana*, pag. 342. »

5. — Questa *synagoge historiarum* (Ἱστοριῶν συναγωγή) fu data alla luce da Giuseppe Scaligero nella sua edizione dell'opera di Eusebio Panfilo *Thesaurus temporum* — *Lugduni Bata-*

rorum an. 1606 — e commendata nel principio del volume con queste parole: « *Penus antiquae memoriae locupletissimum, totum fere Eusebium illustrans.* » Comincia questa raccolta storica con una descrizione delle Olimpiadi Ὀλυμπιάδων ἀναγραφή. Ivi (pag. 346) sotto l'Olimpiade 239, notata col nome del vincitore Agatope Egineta, all'anno 4° si legge: Νόμος ἐν Ῥώμῃ ἐτέθη ὥστε ἐξ ἀδιαθέτου κληρονομεῖν πατέρα τὰ τέκνα, καὶ τῷ ἀχαρίστῳ δὲ παιδὶ τὸ τετραούγγιον δίδοσθαι τῆς πατρῴας περιουσίας, cioè: *lex Romae lata est ut ab intestato succederent patri filii, filio autem, cui pater gratificatus non esset, darentur quatuor unciae paternae substantiae.*

6. — L'uso della parola τετραούγγιον in questo documento può spiegarsi in doppio modo. Potrebbe essere che lo scrittore attingendo ad un originale latino abbia creduto che, come *quincunx*, *septunx*, *decunx* significano 5, 7, 10 oncie, così *quadrans* ne significasse 4; ma è più probabile che egli scrivendo dopo Giustiniano abbia dato la misura della legittima qual'era al tempo suo. Infatti questa parola, anzi quasi l'intiero periodo testè riportato, leggesi ancora in un altro documento edito pure da Giuseppe Scaligero insieme al *Thesaurus temporum* di Eusebio e che non è certamente anteriore al tempo di Eraclio. Questo ha per titolo: Ἐπιτομὴ χρόνων ἀπὸ Ἀδὰμ τοῦ πρωτοπλάστου ἀνθρώπου ἕως Κ′ ἔτους τῆς Βασιλείας Ἡρακλείου τοῦ εὐσεβεστάτου (*Compendium temporum ab Adam primo creato homine usque ad vicesimum annum imperii Heraclii pientissimi*). Ivi a pag. 267, al numero 17 indizione 14 (Ἰνδ. ιδ.) premessi i nomi dei consoli Pollione ed Apro Ὑπ(άτων) Πωλλίωνος καὶ Ἄπρου si legge: Ἐπὶ τούτων τῶν ὑπάτων νόμος ἐτέθη, ὥστε ἐξ ἀδιαθέτου κληρονομεῖν τὸν πατέρα τὰ τέκνα, καὶ τῷ ἀχαρίστῳ δέ παιδὶ τὸ τετραούγγιον δίδοσθαι τῆς πατρῴας περιουσίας, cioè: *sub hisce consulibus lex lata est ut ab intestato succederent* ecc. come sopra. Di questo compendio scrive Scaligero *Compendium temporum auctoris innominati, numquam antea editum, opus utilissimum quamquam scriptoris idiotae, ex libris V. C. Jsaaci Casauboni.*

7. — A me sembra sconveniente il dire che tutti questi scrittori giuocassero d'invenzione, o fosser tratti in errore da qualche impostore; credo perciò che abbia a ritenersi con buon fondamento che realmente nell'anno del consolato di Pollione ed Apro fosse determinata la porzione legittima.

8. — Non osta che Niceforo e gli altri scrittori allegati dicano che sotto l'impero di Marco Aurelio fu stabilito che i figli succedessero al padre intestato, mentre sappiamo che questa massima in Roma era più antica che le Dodici Tavole; giacchè, essendo la legittima del figlio la quarta parte di ciò che *intestato defuncto, possit ad eum pertinere* (come dicesi nella L. 8 pr. Cod. *de inoff. testam.*, III, 28), non dee riescire strano che nella Costituzione, o Senatoconsulto, in cui definivasi la quantità della legittima, si cominciasse col confermare la massima di dritto che i figli succedono al padre intestato. Così vediamo nella legge Falcidia stabiiirsi da principio il dritto che ha ogni cittadino di lasciare a chi vuole i suoi beni per testamento: *Qui cives romani sunt, qui eorum post hanc legem rogatam testamentum facere volet, ut eam pecuniam easque res quibusque dare, legare volet ius potestasque esto* (L. 1 pr. ff. *ad L. Falcidiam*, XXXV, 2); benchè ciò fosse già stabilito nelle Dodici Tavole (Ulp., XI, 14).

9. — Alcuni han creduto che la quarta parte de' beni del defunto, come porzione dovuta ai figli, fosse stata determinata anche prima di Marco Aurelio per ciò che scrive Plinio il giuniore nella Epistola 1ª del libro V. Questo autore dopo aver detto: *Pomponia Gratilla, exheredato filio Assudio Curiano, heredem reliquerat me*, narra tra le altre cose di essersi abboccato con Curiano nel tempio della Concordia, e di avervi tenuto questo discorso: *Si mater, inquam, te ex parte quarta scripsisset heredem, num queri posses? Quid si heredem quidem instituisset ex asse, sed legatis ita exhausisset ut non amplius apud te quam quarta remaneret? Igitur sufficere tibi debet si exheredatus a matre quartam partem ab heredibus eius accipias, quam tamen ego augebo.* A parer mio questo passo non fa altro che mostrarci la genesi giuridica della dottrina riguardante la legittima, e non ci vieta affatto di credere che al tempo di M. Aurelio una costituzione imperiale o un Senatoconsulto determinasse la quarta come porzione fissa da lasciarsi ai figli.

10. — In vero, ai tempi di Plinio apparteneva al tribunale centumvirale il decidere se un testamento fosse inofficioso o no. Ora, nel primo secolo dell'impero sostenevasi

innanzi a questo tribunale, che non basta istituire erede un figlio per evitare la querela d'inofficioso, ma conviene istituirlo per intero. Noi leggiamo nelle controversie di M. Anneo Seneca che si trattò presso i centumviri la causa di Galla Numisia che era stata istituita erede dal padre in un'oncia, e diceasi rea di veneficio. Montano Votieno suo difensore diceva: *Unciam nec filiae deberi nec veneficae... In paternis tabulis, filiae locus aut suus debetur aut nullus... Relinquis nocenti nimium, innocenti parum... Non potest filia tam anguste paternis tabulis adhaerere, quas aut totas possidere debet, aut totas perdere* (Lib. IX, *Controv.* 5, §§ 15, 16 *edit. Kiessling*).

11. — Tuttavia questo non impediva che il testatore esaurisse in legati tre quarti dei suoi beni, essendone autorizzato dalla legge Falcidia. Quindi i centumviri per fermo non avrebbero dato ragione ad un figlio (erede unico), che avesse mosso la querela perchè il padre avesse legato tre quarti della sua sostanza ad altri. Ma la cosa tornava allo stesso punto, se il padre, invece di far legati, avesse dato al figlio dei coeredi che conseguissero tre quarti della eredità. Ciò posto, il ragionamento di Plinio procede egregiamente, e per ispiegarlo non occorre immaginare disposizioni speciali di dritto, anteriori al tempo in cui egli scriveva. Soltanto è molto probabile che vi fossero delle regiudicate centumvirali in quel senso. Con questo però non potea dirsi tolta del tutto la questione, nè divenivano impossibili sentenze centumvirali in senso diverso. Era dunque impresa ben degna di M. Aurelio, da cui furono *legum ambigua mire distincta* (Aur. Victor *de Caesar.* c. 16 n. 9), provvedere che la massima venisse immutabilmente fissata.

12. — Con ciò si spiegherebbe il motivo, per cui Ulpiano parlando di questa massima usava certe maniere di dire, che egli usa quando parla di disposizioni di diritto scritto. Così nella L. 8, § 9 ff. *de inoffic. test.* (V, 2) leggesi: « Quarta « autem *accipietur* scilicet deducto aere alieno et funeris « impensa. » Anzi se questa disposizione era formulata in modo simile a quello che troviamo presso gli scrittori greci sopra menzionati « *quartam partem paternae substantiae dari* (δίδοσθαι) » si vedrebbe a colpo d'occhio con quanta ragione lo

stesso Ulpiano scrivesse: « Si quis mortis causa filio dona-
« verit quartam partem eius quod ad eum esset perventurum,
« si intestatus pater familias decessisset, puto secure eum
« testari » (d. L. 8, § 6) e si comprenderebbe ancora perchè
niuno dubitasse che la legittima potea lasciarsi per legato
o fedecommesso (Inst. § 6 *de inoff. testam.*).

13. — Potrebbe domandarsi se M. Aurelio nel determinare la quarta legittima si servisse di un editto o di una *oratio* seguìta da Senatoconsulto. Io credo che fosse fatto un Senatoconsulto, sì per la importanza dell'oggetto, e sì per ciò che leggesi nella L. 16 Cod. *Familiae erciscundae,* III, 36: « Filii patris testamentum rescindendi, si inofficiosum
« probare non possunt, nullam habent facultatem. Sed et-
« si tam circa testamentum quam etiam codicillos iudicium
« eius deficiat, verum quibuscumque verbis voluntas eius
« declarata sit, licet ab intestato ei fuerit successum, *ex Se-*
« *natusconsulto* retentionis modo servato, *familiae erciscundae*
« *iudicio aditum iudicem* sequi voluntatem patris oportere
« iuris auctoritate significatur. »

14. — A torto qui gl'interpreti spiegano le parole *ex Senatusconsulto* col Senatoconsulto Pegasiano, ritenendo la disposizione orale del padre come un fedecommesso. Ma se ciò avesse inteso l'Imperatore, non avrebbe rimesso le parti ad un giudizio ordinario *familiae erciscundae*, ma ad un console o al pretore fedecommissario, o al preside della provincia, perchè si facesse luogo ad una *extraordinaria persecutio* (Gaio II, 278, Ulp. XXV, 12, L. 178, § 2 ff. *de verb. signif.*). La disposizione di questo rescritto è perfettamente eguale a quella della L. 21 Cod. dello stesso titolo *Familiae erciscundae*, ove nessuno dubita che le parole *exemplo Falcidiae retentionis habita ratione* si riferiscano alla quarta legittima.

15. — Così pure di legittima parlasi manifestamente nella L. 8 Cod. *de inoff. testam.* (III, 28) ove trattasi di un caso simile. Sicchè non v'ha dubbio che della stessa quarta parli anche Costantino nella L. 26 Cod. *familiae erciscundae*, ove pure appella ad un Senatoconsulto. Quella legge suona così: « Inter omnes dumtaxat heredes suos qui ex quolibet ve-

« nientes gradu, tamen pares videantur esse vel emanci-
« patos, quos Praetor ad successionem vocat, sive coeptum
« neque impletum testamentum vel codicillus seu epistola pa-
« rentis esse memoretur, sive quocumque alio modo scrip-
« turae, quibuscumque verbis vel iudiciis inveniantur re-
« lictae, *iudicio familiae erciscundae*, licet ab intestato ad
« successiones liberi vocentur, *servato Senatusconsulti auxilio*
« defuncti dispositio custodiatur, etc. »

16. — Ma non sono soltanto le leggi 16 e 26 Cod. *Familiae erciscundae* che si spiegano col Senatoconsulto fatto sotto i consoli Pollione ed Apro; vi sono anche altri punti oscuri che prendono luce dal medesimo. Uno è l'autorità riconosciuta, come vedemmo, da parecchi rescritti negli arbitri dati per la divisione dell'eredità, di costringere alla prestazione della quarta quei figli, a cui il padre assegnò una porzione troppo grande in pregiudizio dei fratelli. Chi attentamente considera l'ordinamento giudiziario dei romani nella età aurea della giurisprudenza e i mutui rapporti tra le persone investite del potere giudiziario, difficilmente potrebbe persuadersi di cotesta autorità degli arbitri circa la legittima, quando partisse dal concetto che la determinazione di essa avea per solo fondamento la prassi del tribunale centumvirale di rigettare la querela d'inofficioso promossa dai figli che almeno la quarta conseguirono dal genitore. Ma la cosa cangia aspetto quando si ammetta che un Senatoconsulto obbligava i genitori alla prestazione di questa.

17. — Inoltre riconosciuta la esistenza di questo Senatoconsulto, è facile il rendersi ragione del nome di Falcidia dato alla quarta legittima nella legge 28 Cod. Theod. *de Iudaeis caelicolis et Samar.* (XVI, 8) nella L. 5, § 3 Cod. *ad L. Juliam maiest.* (IX, 8), nella L. 31 Cod. *de inoffic. test.* (III, 28), nella novella di Maioriano tit. 6 *de Sanctimon. vel viduis,* cap. 1, § 3 e nella *Lex Romana Burgund.* tit. 31. Nel modo stesso che vediamo nominatamente espresso nel S. C. Pegasiano concedersi la ritenzione della quarta *proinde atque e Lege Falcidia in legatis retinere conceditur* (Gaio II, 254) è ovvio il pensare che della stessa legge, come termine di somiglianza si facesse menzione anche nel Senato-

consulto fatto sotto Marco Aurelio. Infatti nella L. 21 Cod. *Familiae erciscundae* leggiamo: *exemplo Falcidiae retentionis*. Vedasi sopra § 14 in fine.

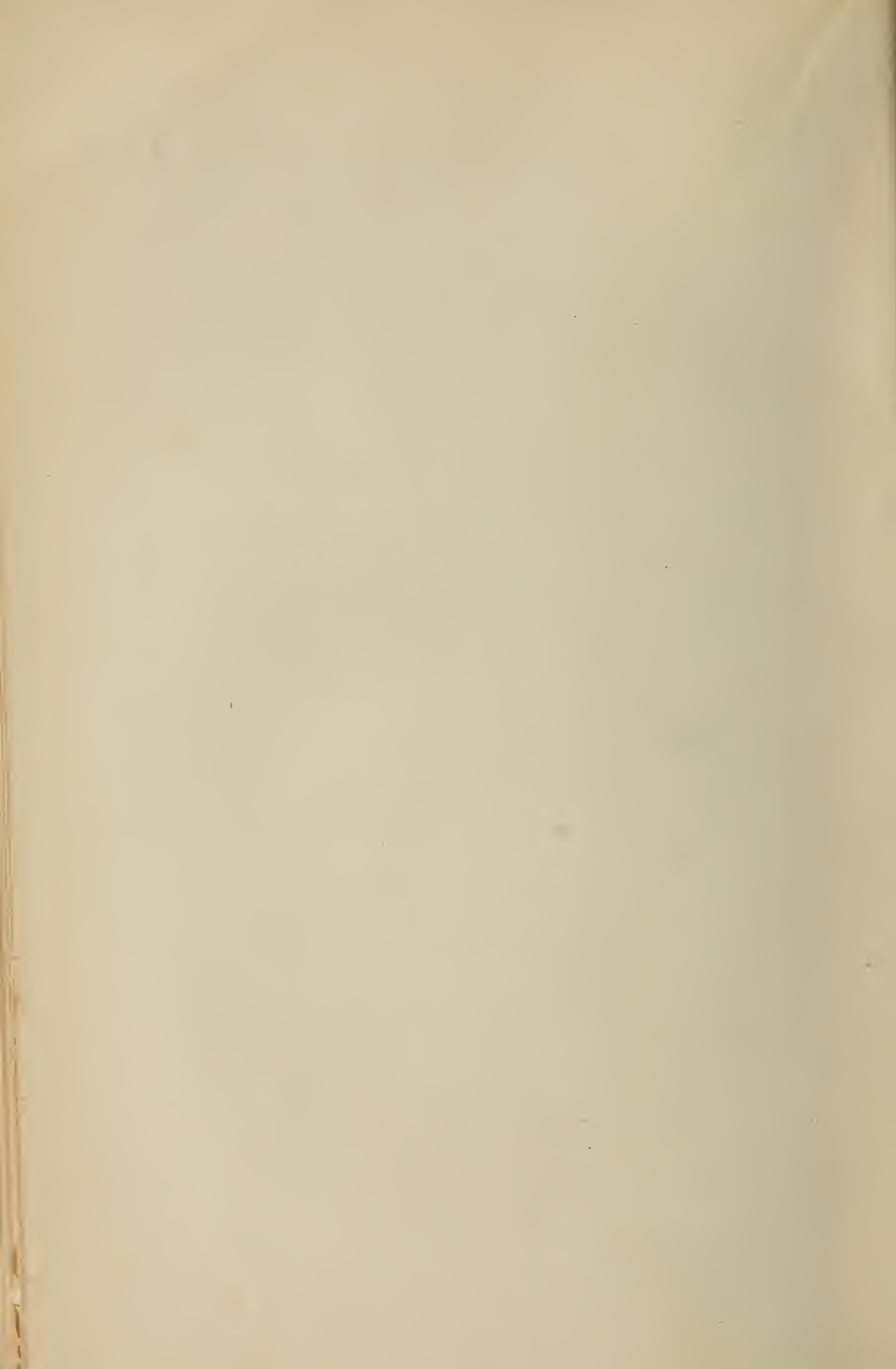
18. — Quanto al nome di *legitima portio* dato a questa quarta da Costantino nella L. 2 Cod. Theod. *de inoff. testam.* (II, 19) e poi da Giustiniano nelle leggi 30, 31, 32, 34, 35, § 2° e 36 § 1° dello stesso titolo del suo Codice, non v' è da maravigliarsi, quando si rifletta a ciò che notai al § 2°. Se Ulpiano fin dal suo tempo potea chiamare *legitimam hereditatem* quella deferita dai Senatoconsulti, Tertulliano ed Orfiziano (L. 2 in fine ff. *Unde legitimi* XXXVIII, 7) molto più poteano Costantino e Giustiniano, in un tempo in cui la voce *lex* indicava tutte le fonti del dritto scritto, chiamare *legitimam portionem* quella fissata da un Senatoconsulto, e ciò non solo quando trattavano di applicarla direttamente ai figli, ma anche quando volevano estenderne l'applicazione ad altri. Tutto dunque concorre a persuaderci che furono veraci quei Greci scrittori, che ci parlarono delle disposizioni stanziate sotto i consoli Pollione ed Apro.

I GIURECONSULTI DI PISA

AL TEMPO DELLA SCUOLA BOLOGNESE

E ALCUNE RICERCHE SULL' USO CHE SI FECE IN QUESTA SCUOLA

DEL CELEBRE MANOSCRITTO PISANO

Memoria del Prof. F. Buonamici

Lo stupendo risorgere degli studi giuridici in Bologna, nel secolo XI non è un fatto che nella storia stia da se solo, ma con altri molti è legato. Quasi senza saperlo, altre città italiane, benchè fra loro nemiche, lontane, e alcune eziandio di non grande incivilimento, cooperarono con Bologna ad accendere quel lume che di poi si diffuse per tutta l'Europa (1). Questo punto, importantissimo a considerare da ogni lato, ora da quello solo dei rapporti di scienza fra Pisa e Bologna noi consideriamo: il quale è veramente, almeno per la istoria della scuola, come quello di altre città, e forse più, notevole (2).

Una certa dottrina o un certo sapere giuridico in Pisa, al di là della pratica, fu molto antico e molto comune fra i suoi cittadini. Deducesi con chiarezza dalla quantità e dalla

---

(1) TIRABOSCHI, *Storia della lett.* Tom. IV. Lib. I. Tom. V Lib. I. MAZZI, *Comp. della st. di Bologna.* 1875. *Rassegna nazion.* Vol. XXXII. Firenze 1886. RICCI, *I primordi dello studio.* Bologna 1887. CHIAPPELLI, *Lo studio bologn. nella sua orig. e nei suoi rapp.*, Pistoia 1888.

(2) SAVIGNY, *Geschichte* etc. Heidelb. 1834. CAPEI, *Compend. della stor. del gius rom. nel med. ev.*, Siena 1849. CAPEI, *Istoria e leggi dei pop. barbari.* Archiv. stor. ital. Tomo IX, Firenze 1853. HEINRICH DENIFLE, *Die Univers. des Mittelalt.* Vol. I, Berlin 1885. MONTEFREDINI, *Le più celeb. univ.*, Torino 1883. COPPI, *Le univ. ital. nel m. evo*, Fir. 1886. VALLET DE VIRIVILLE, *Hist. de l' instruct. publ. en Europe,* Paris 1849. CAILLEMER, *L'enseignem. de dr. civ. en France, Nouv. Revue hist.* 1879.

data dei documenti: dei quali oggi si conosce un più gran numero dopo quelli pubblicati dal Muratori, dal Fabrucci, dal Corsini, dal Grandi e dai due Dal-Borgo. In capo di questi deve essere collocata la costituzione di Lotario dell'anno 825, la quale è pubblicata (ivi si dice) *per laudamentum sapientum* di alcune città italiane, fra le quali Pisa è annoverata (1). E *laudamentum* non vale che lodo o decisione di un punto di diritto, come vien dimostrato dai titoli successivi dei Feudi; ove s'incontrano le frasi *per laudamentum parium suorum.... quae sit laudanda per judicium parium suorum* (2). E *sapientes* poi ha il significato di giudici, o di uomini dati ai pubblici negozi, o anche più in generale di uomini giunti a qualche grado di coltura: qui sicuramente tale da farne arrivare la fama all'imperatore che stimò degni questi pisani di dar consiglio sulla pubblicazione delle leggi (3). Notate: anche i compilatori degli Statuti pisani furono detti i *sapientes civitatis* ossiano i *prudentes* (4).

Al detto documento se ne aggiunge un altro del 903. È una concessione che Benedetto IV papa fa ai canonici pisani destinati *ad Theologicam doctrinam et pontificias sanctiones edocendas:* ciò che consuona con quello che di già aveva fatto Benedetto I il quale chiamò in Roma due canonici pisani per insegnare nella congregazione dei Teologi (5).

In certe carte del 1077, 1082 e 1160 vengono mentovati molti giuristi; fra i quali un Opitone ed un Sigerio *legum*

(1) *Feud.*, Lib I, Tit. 19. SIGONIO, *De regno Ital.* Vol. II, Lib. 4. Mediol. 1732. DAL-BORGO, *Dissert. sull'univ. di Pisa*, 1765.

(2) *Feud*, Lib. I, Tit. 19, 22, 28 ove se ne trovano vari esempi. SIGONIO, *De rege Ital.* Op. Tom. 2 colon. 280 Mediol. 1732.

(3) *Memor. degli uom. illustri pis.* Vol. I, pag. 13, ove è su questo punto una erudita dissertazione. Vedi anche il *Glossarium* del Ducange, e OTTO MOGEN in *Rerum. ital. script.* Tom. VI, colon. 961. OSIUS, Not. 13.

(4) VALSECHII, *De veter. pis. civ. constit.* Florent. 1727. Specialmente a pag. 5, 18, 22, 28, si prova la imitazione dei Digesti. BONAINI, *Stat. ined. della citta di Pisa.* Firenze, 1854. STOBBE, *Storia delle orig. del dir. germ.* Trad. ital., Torino, 1868. DEL GIUDICE, *Le traccie di dir. rom. nelle leg. longob. Istituto lomb.* Vol. XX, 1888.

(5) MARTINI, *Theatro Basil. Pis.* Append. pag. 136, 159. DAL BORGO, *Sull'orig. dell'univ. pis.* n. 46.

doctores (1); in un altra del 1079 pubblicata dal Grandi si legge: *firmat Rodolphus legali jure peritus* (2). E in altre ancora del 1109, 1128, 1185, si narra di vescovi che arrivano in città *cum suis jurisperitis et notariis*, e di un tal *Rainerius caussarum patronus;* e di *Bentho judex et Manfredus caussarum patroni* (3). Oltre questi titoli si trovano in gran copia nelle carte pisane gli altri di *causidici, advocati, professores, judices, notarii, juris doctores, legis doctor* frequentemente usati (4). Vi sono poi parecchie sentenze conservate fin dall'anno 800, 858 e 1000, colla sottoscrizione dell'*judex* (5), e con una notevole distinzione significata dalle frasi comunissime *notarius apostolicae sedis, notarius domini imperatoris, notarius sacrae aulae, imperatoria dignitate notarius, judex domini imperatoris, judex sacri palatii, notarius domini Fred. Roman. Imperatoris* (6).

I quali fatti servono tutti a dimostrare, come già dicemmo, che in Pisa vi era una antica e comune coltura giuridica; anzi dai medesimi si può argomentare con sicurezza la esistenza di un qualche insegnamento del diritto. E veramente, guardando all'epoca, non vi è dubbio che ciò possa dedursi dalle parole *doctor* e *doctores* (7);

(1) Muratori, *Antiq. ital.* Tom. III, colon. 1171. Dal Borgo, *loc. cit.* Grandi, *Ep. de Pand. ad. Io. Averan.* Florentiae, 1727. Note e documenti Questo avviene anche a Bologna secondo il Sarti, il quale ricorda prima d'Irnerio, un *Albertus legis doctor* del 1057, un *Petrus de Monte Armato legis doctor* del 1109, un Giovanni Bono e un Marchisello, *causidici bononienses*, seguaci della contessa Matilde. Sarti, *De claris archigym. bon. prof.* Bon. 1769. I, pag. 7.

(2) Grandi, *Epist. Docum.* XIII.

(3) Muratori, *Antiq. ital.* Tom. III, col. 1113. Dal-Borgo, *Sulle univ. pis.*, Pisa, 1765, n. 47 seg. Le carte sono del 1109 e 1110.

(4) Fabrucci, *De Pis. univ. init.* negli *Opuscol.* del Calogerà; ed Ed. Corsini, da cui il Fabroni prese il principio della sua storia fino a Lorenzo Medici. Grandi, *Op. cit. Memorie degli ill. pis.* Vol. I, Pisa, 1790. Si possono ricordare le *Memorie lett. fior.* Anno 1741. E ivi: *Schizzo erudito sulla istoria della Università di Pisa*, 1751, 1754.

(5) In alcuni documenti antichi si trova espressa la distinzione, per differenze di professione, fra *notarius, judex, miles, mercator.*

(6) *Flam.* Dal-Borgo, *Raccolta di scelti diplomi pis.*, Pisa, 1765. Grandi, *Op. cit. note e docum.* Anche in un documento pisano del 1323 si trova un *notarius imperatoria dignitate* ed anche un *magister scholarum de cappella sancti Nicolai. Archiv. di Stato in Pisa.*

(7) Queste parole hanno avuto nelle diverse epoche diverso valore. Certamente *magister* significò sempre arte od uso d'insegnare: si dice arte od uso, perchè, quanto a

ma in ogni modo noi troviamo l'altra parola *professor*, che significato non ha che d'insegnante; come, fra le altre prove, addimostrano quei documenti dove si parla di professori di grammatica, i quali certo non sono che insegnanti (1). E questi *judices* e *notarii*, che vi erano in gran numero e rivestiti di pontificia e d'imperiale autorità, è da credere che formassero collegi (i quali poi si veggono ricordati in Pisa dopo il 1200) e avessero degli ammaestramenti almeno sulla forma degli atti. Nè in verità è da immaginare il contrario: senza riflettere sopra altro basta rammentare la ricchezza e potenza di Pisa in questo tempo, la quale aveva molta popolazione, e commercio fiorentissimo, e pubblici ufficii; che certamente senza leggi conosciute, spiegate, insegnate ed applicate non sarebbero durati (2).

Ma di quali leggi veramente allora si trattava, e come esse venivano insegnate? Ecco due ricerche importanti.

Innanzi tutto osserveremo che in Pisa si era largamente conservata la tradizione romana, e gli istituti del romano diritto. Nel proemio degli Statuti illustrati dal dottissimo Valsechii e dall'accuratissimo Bonaini si narra che fino da antica età (e gli Statuti sono del 1161) i pisani vissero *lege romana*, *retentis* (ivi si aggiunge) *quibusdam de lege longobarda* (3). Il gius longobardo vi ebbe adunque la sua parte;

---

ufficio o dignità forse anche ai tempi di Federigo I, non aveva altra origine che la tradizione imperiale, radicata nelle città italiane. Il Savigny ha parlato assai di ciò. Vedi la cit. *Rassegna nazion.* Vol. XXXII, pag. 443, Fir. 1886. Del resto a proposito di scuole e d'insegnamento giuridico a Pisa non si può passare sotto silenzio la lettera del Monaco di Marsiglia, nella quale chiede il permesso di andare a Pisa a studiar legge. Essa ora è riportata all'anno 1065. Il Savigny peraltro la crede del secolo XIII. Sono infinite le dispute fatte sopra cotesta lettera dal Tanucci, dal Grandi, dai Dal-Borgo, e da altri. Alle opinioni di questi oggi il Fitting è ritornato. Ma non si divida la bellissima dissertazione del Fitting dalle cose che in grandissima abbondanza già dissero anco alcuni scrittori pisani.

(1) L'erudito amico mio dottore Antonio Feroci mi fece conoscere, fra molti, un documento del 1295. (*Diplom. della Primaz.*) colla firma di un *professore di grammatica*; e un altro simile me ne indicò del 1289.

(2) TEMPESTI, *Della istor. letter. pis.*, Pisa 1787. FANUCCI, *Sulla ist. milit. pis.*, Pisa 1788. Più lo attestano i privilegi ottenuti dagli imperatori e la zecca per battere monete, aperta fino dall'ottavo secolo. MURATORI, *Dissert. XXVII.* CARLI, *Delle zecche d'Italia.* I. pagina 105, 160.

(3) VALSECHII, Op. cit. BRENCMANN, *Hist. pand.* Lib. I. GRANDI, *Ep.* Nota 3.

ma non prevalente come quello romano; al contrario delle provincie meridionali dell'Italia (1). Il diritto romano poi di cui si parla è il Breviario Alariciano, il codice Teodosiano, il codice Giustinianeo e le Novelle; ma oltre che di tali testi rimasti comuni, e noti dovunque, si scorge chiara negli Statuti medesimi la conoscenza e l'uso delle pandette. Vi sono delle parti di discorso che manifestano quasi di essere state copiate. Subito nel prologo leggesi: *ne, ut ita dixerim, quasi inlatis manibus, nulla praefatione facta, ex improviso etc:* e queste sono le stesse parole della *leg. 1. Dig. De orig. jur.* S'incontra ancora negli Statuti un titolo intiero *de sacramento calumniae;* roba tutta romana. Inoltre nella rubrica *de viis pubblicis quae sunt in civitate vel ejus burgis vel districtu* si legge: *Decernimus ut in via publica vel communali nulli facere immittere liceat, ut via publica vel communalis, sive aquaeductus publicus vel communalis deterior fit vel fiat, hoc est sive ut statim deterior sit via, vel aquaeductus, sive postea. Quaedam enim sunt talia ut statim ipso facto noceant. Quaedam autem sunt talia ut in praesens non noceant, in futurum autem nocere debeant. Deteriorem autem fieri via sic accipiendum est si usus viae ad eundum, vel aliquid inde ducendum corrumpatur etc.* Or bene si prenda la *Leg. 2 Dig. Ne quid in loco publ. vel itin. fiat* e veggasi che nella medesima si trovano le stesse parole, le stesse frasi, le stesse distinzioni fatte dagli Statuti pisani. Nella rubrica *De feriis* pure è scritto: *ne circa rem rusticam occupati ad forum venire tempore messium et vindemiarum compellantur;* come si dice nella *leg. 1 Dig. De feriis et dilat.* diversamente da quanto era stato detto nella *leg. 2 De feriis* del codice Teodosiano. Anzi a questo punto si notano le limitazioni ed eccezioni della regola, le quali sono conformi, nell'un testo e nell'altro, quanto all'uso di alcune parole (2). Parimente nella rubrica: *Qualiter ambigua constitutio interpetret.* si trovano le regole delle *leg, 18, 19, Dig. De legib. e della*

(1) BRANDILEONE, *Il dir. rom. nelle leggi norm. e sveve del regno di Sicilia*, Torino, 1881.

(2) VALSECHI, op. cit. BONAINI, *Statuti pis.* publicati in tre vol., Pisa, 1854.

leg. 56. De reg. jur. e la frase immutabile *eam potius significationem, quae vitio caret accipiendam.* E due volte nei detti Statuti, trattandosi del valore delle leggi nel tempo, si adopera il linguaggio preciso delle Pandette, lasciato anche quello del codice Teodosiano; e si dice: *Sicut leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari nisi nominatim etiam de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit.* Il Grandi poi (per stringere il nostro discorso) notò altri luoghi degli Statuti dove si dichiara una cosa o l'altra *jure romano*, *lege romana;* e dove la *legitima romana jure debita* si mette in confronto della *legitima* dovuta per le pisane costituzioni, la quale è maggiore (1). Molte altre osservazioni di questo genere tralasciamo; solo ripetiamo quel che sopra dicemmo, e che subito si pensa, vedendo gli Statuti pisani e ricordando le chiose di Tommaso da Tripalle e di Jacopo Andrea Da Lavajano (2), cioè che non solamente si conobbe e si seguì costantemente e preferibilmente al longobardo in Pisa il diritto romano, ed esso fu la pratica comune, ma che veramente si conservarono con cura le tradizioni delle pandette. Dal che si discende agevolmente a dire che si ebbero dei manoscritti di leggi, spettanti alle pandette fino d'antico, e certamente prima dell'epoca assegnata alla spedizione di Amalfi (3). Senza dubbio questi manoscritti furono imperfetti e rari: quindi le pandette non molto curate: il che (osserva un acuto scrittore) vien dimostrato anche

---

(1) Valsecchi e Grandi, *Op. cit.*

(2) Il primo di questi viveva nel 1296. Fu giudice e procuratore della rep. pis. Le chiose di costoro sono in gran parte citazioni romane. Tempesti, *Della istor. lett. pis.*, 1787.

(3) Ardua indagine. Ma sta in fatto che il ricordo delle pandette o dei digesti è continuo: e specialmente là dove il diritto longobardo non tenne una parte secondaria. Ed è da ricordare nei più antichi documenti pisani l'uso di formule romane, e la cultura molto comune di diritto canonico e civile, e intere leggi riportate negli Statuti più antichi del 1100. I privati che erano *judices*, *notarii*, *magistri* avevano delle copie, sebbene imperfette. Si usarono nelle scuole di grammatica o di altra arte, e in quelle ghirlande di note, che si mettevano intorno ai modelli e alle regole dei contratti. Un tal commentario si chiamò talora *aurora*. Vedi *Arch. giur.* Vol. I, pag. 191. Servirono anche agli studi della latinità. Il compilatore del secondo libro dei Feudi, Oberto dall'Orto, imparò l'uso di questa lingua dai libri dei Digesti. Hotomanus, *Com.* Lib. 2 *Feud.* Tanucci, *Difesa seconda dell'uso delle pand.* Lib. I, Cap. II.

dalla maraviglia che si provò allorquando ritrovaronsi intiere (1). Ma della conoscenza particolare di quelle leggi dubitare non puossi.

Infinite altre prove potrebbersi qui recare della pratica del diritto romano in Pisa, le quali si hanno dalle sentenze. Ne restano tuttora dell'800, del 1000 e del 1060. Una poi del 1143 ordina la *missio in possessionem*. Un'altra del 1161 finisce colla formula: *hermodicio ejus declaratione contracto*, che deve significare il patto di non appellare. Un'altra infine del 1166 parla del diritto civile pisano, il quale è fondato sulla legge romana (2). E si hanno ancora dei contratti di vendita del 1146 pieni di frasi e di espressioni antiche, certamente conservate in modelli o libri che contenevano leggi romane (3).

Una questione singolarissima si è riaperta oggi: sostenendosi da una parte che il diritto romano ebbe continua applicazione in Italia quanto all'uso, non quanto all'insegnamento; per lo che la scuola bolognese non è che un resultato, indipendente dal tempo più antico, del ritorno dello studio sulle fonti (4): dall'altra invece difendendosi il concetto che neppure questo ammaestrare, sotto varie forme, affatto s'interruppe, e che avvi, come si dice, continuità. La bellissima disputa ha dato luogo a libri di profonda erudizione, e vasta, alcuni dei quali di giovine penna italiana meritano assai lode (5). Non è nostro proposito di occuparcene a fondo; ma stando nei confini del nostro argomento limitato crediamo giuste le seguenti considerazioni.

Quanto alla città di Pisa, in antico tanto potente, i do-

---

(1) TROYA, *Storia* Vol. IV, pag. 2.

(2) Ho potuto vedere queste carte nell'archivio di Stato, in Pisa, per la benevolenza di quei due eruditissimi uomini che lo reggono: il Tanfani e il Lupi.

(3) Documento XXII, fra quelli pubblicati dal Grandi.

(4) FITTING, *Zur Geschichte der Rechtswissenschaft im Mittelalter*. Weimar 1885. Dello stesso: *Jurist. Schriften des früheren Mittelalt.* Halle 1876. D. MAX CONRAT, *Die Epitome Exactis regibus*. Non sono questi soli gli scritti da citare. Un ottimo resoconto è quello del RIVIER *Nouvelle Revue* etc., Paris 1883 e 1887. Vedi anche D. MAX CONRAT, *Das Florentinische Rechstbuch*, Berlin 1882. *Nouv. Rev. hist.*, 1883, Fasc. 6.

(5) CHIAPPELLI, *La glossa pistojese*, Torino 1885. CHIAPPELLI, *Lo studio bologn.*, Pistoia 1888.

cumenti citati provano che vi furono scuole ecclesiastiche; cioè di diritto canonico. Quindi è naturale lo ammettere sotto qualunque forma anco l' insegnamento di diritto civile; non potendosi dire che ciò si fece senza aggiungere il diritto imperiale (1).

Inoltre, e sempre per le cose già notate, ivi è così comune l'uso dei titoli giuridici, e tanti sono quelli che ne vanno fregiati, e così alta è l'autorità che li sanziona, che non è possibile di rifiutare la idea che quelle somme autorità li creassero, e con certe condizioni: o almeno alcuni loro delegati, per commissione e per privilegio (2).

Nè deve fare ostacolo la forma o il modo dell'insegnamento. Certo è che in Pisa si ebbero, o separate o mescolate alle ecclesiastiche, le scuole del trivio e del quadrivio; singolare avanzo della scuola pittagorica, divulgata da Cassiodoro e da Marziano Capella (3). Da Pisa in tempi remoti andò professore di grammatica a Pavia, Pietro Diacono; il quale divenne poi maestro di Carlomagno (4). Burgundio, celebre giurista, fu esso pure un grammatico, e di lui si scrisse: *cui patuit sapientia trina*; (5) e in parecchi documenti, si parla di professori di grammatica; specie in uno del Diplomatico della Primaziale, anno 1295, dove, si ricorda

(1) Savigny, I, pag. 466. Traduz. ital. Nota. Vedasi la vita dell'arcivescovo Lanfranco scritta da Milone Crispino, e molto citata dal Sarti e dal Fitting. *Nouvelle Revue de droit*, Paris, 1887. Ivi uno scritto di Rouvier. Si potrebbe citare la *Summa legum* scoperta da Schulte nel 1867. Maassen, *Geschichte der Quellen und der Literatur des Canon Rechts im Abeland.* I, Gratz 1870. Sclopis, *Le dr. canon. et le dr. rom. en Italie. Revue de legislation. XIII.*

(2) In Pisa fin dal 1200 si ha memoria di una *curia legis* e di una *curia usus;* non che di una *curia notariorum.*

(3) Muratori, *Antiq.* Tom. III, *Dissert.* 43. Tiraboschi, Storia della letterat. Vol. III. Lib. 1. 2. 3. e VI. Lib. 3. Ozanam, *Documents inedits pour servir à l'histoire litter. de l'Italie depuis le VIII siècle.* Paris, 1850. Capei, *Op. cit.* cap. 6, pag. 49. Pertile, *Storia del dir. ital.* Vol. I, § 20, Padova, 1873. Giesebrect, *De litter. stud. apud Italos prim. med. aev. saec. Zu der öffentl. Prüfung der Zöglinge des Königs Ioachim.* Gymnas. Ber. 1845.

(4) Tiraboschi, Vol. VI, Lib. 3. Nel 1114 in Pisa si trova un Guido Levita *trivii ratione peritus.* Vedi in *Rer. ital. script.* VI, 119.

(5) Fu scritto sulla tomba di lui. Ne parlarono il Fabricio, il Mazzucchelli e il celebre abate Mehus: *Vita Ambrosii Camalduensis,* pag. 317. *Memor. degli illust. pis.* Vol. I. Vita di Burgundio.

Puccio, figlio di maestro Bonastrenna professore di grammatica (1).

In queste scuole, dette delle arti, il metodo era quello di tutte le altre città. Dall'una all'altra città andavano i maestri secondo il bisogno e le richieste. Il fare lezione però era cosa privata: così per i teologi, come per i giuristi, i notari, e gli scrivani, i quali istruivano, per un certo pagamento, i loro allievi.

La giurisprudenza, come è noto, faceva parte di quelle scuole. Il fatto non può essere posto in dubbio; avendo ormai la conferma del Tiraboschi, del Savigny, del Capei, del Giesebrecht, del Rivier (2). Le testimonianze del pari sono molte e notevoli: per esempio quella del Wibo, cappellano imperiale, che verseggiando, nel 1041, loda gli italiani di insegnare le arti liberali, compresa la giurisprudenza, in contrapposto alla ignoranza degli Alemanni (3).

Certamente in questo modo condotto lo studio del diritto civile non poteva essere che secondario, meschino, abbandonato alle cure private, e ridotto a pochi esempi grammaticali, ed a poche norme alla pratica volte specialmente. In Pisa non abbiamo memoria che siano giunti i libri, qua e là compilati durante quest'epoca, come la glossa di Torino, e il *Corpus legum* (4): ma vi debbono essere stati i manoscritti del codice teodosiano, e di quello giustinianeo; e di altri testi ancora; e specialmente i manoscritti, siano pure stati imperfetti e pochi, delle pandette. Di ciò fanno prova

(1) Debbo anche queste notizie al dotto uomo, cavaliere Antonio Feroci, cui rendo pubbliche grazie. Nel documento del 1829, si parla di un Ugolino *professore di grammatica*.

(2) MURATORI *Antiquit.* Tom. I e III. TIRABOSCHI, *Storia*, Tom. III, Lib. 3. SAVIGNY, *Storia*, Vol. II. CAPEI, *Op. cit.* pag. 50. RIVIER, *La science du dr. dans la première par. du moyen âge* 1877. GIESEBRECHT, *De litter. stud. apud Italos prim. med. aev. saec.* Berlin, 1845. *Studi e Docum. di stor. del dir.* Anno V, Roma, 1881. Pag. 289. *De legum custode et athen. Costantinopol. De creatione et electione magistr. legum.* § 11. I tabellioni e patroni di cause non possono essere ammessi se il sapientissimo Nomofilace non attesta del loro sapere.

(3) PERTZ, *Monum. germ. hist. scriptor.* XI, pag. 251. Quest'autorità è citata dal Sarti, dal Savigny e altri. Non ve n'è peraltro quasi più bisogno dopo le prove del Fitting ed altri.

(4) FICKER, *Forschungen zur Reichs-und-Rechtsgesch. Ital.* Innsbruck, 1372. FITTING, *Ueber die sogen. Turiner Instit. und den sogen. Brachyl.* Halle, 1870.

piena, se non erriamo, i passi e le frasi delle leggi antiche, di pianta trasferite negli Statuti, come sopra notammo; non che la venerazione in che fu tenuto subito il manoscritto intero ritrovato, e il pronto accorrere di dotti pisani a Bologna, appena ivi nacque la grandiosa scuola; il che senza dubbio non sarebbe avvenuto ove a Pisa non fossero stati di già conosciuti, pregiati, insegnati i Digesti.

Ed è appunto a Bologna che per mezzo della scuola il risorgimento del diritto si opera. Come ciò accadesse non è qui luogo il dire: ma una osservazione, che ci sembra importante, vuolsi fare: la quale è che il nascere e l'ingrandirsi della scuola bolognese consiste in un fatto solo: vale a dire nella separazione assoluta dell'insegnamento del gius civile dalla teologia e dalle arti del trivio e del quadrivio: separazione, la quale fece riconoscere nuovamente il diritto come scienza da se, e ne inaugurò la coltura potente. Questa sola è l'idea storica della scuola bolognese (1). Che poi fosse favorita da circostanze speciali di fatto, dal ritrovamento di nuovi manoscritti, da speranze ghibelline prevalenti, da metodi migliori introdotti, dall'esempio di alcune città, come Pavia, Roma, Verona, Nonantola ed altre; non vuol dire. L'importanza del novello studio in quel fatto solo sta. Circa al quale, per compiere tutto il nostro argomento, si aggiunge che Irnerio stesso prima di essere maestro del solo diritto romano, professò le arti liberali, fra le quali, prima di lui, la giurisprudenza era tenuta: (2) dipoi alla sola giurisprudenza, separandola da ogni altra arte, si addisse.

Nella istoria della scuola bolognese le relazioni di Bologna con Pisa si scoprono più importanti di quelle che la detta città avesse mai con altre.

Notevole prima di tutto è questo che tali relazioni non furono principalmente nè commerciali, nè politiche. Diciamo principalmente per non voler giocare sull'assoluto; ma è

(1) Vedi anche STINTZING, *Geschichte der populär Literat. des Römisch-Kanonischen Rechts im Deutsch.* 1867.

(2) GIESEBRECHT, *De litt. stud. apud. Italos*, etc. Pag. 21 seg. Del celebre Lanfranco si disse: *in liberalium artium et legum saecularium scholis ad patriae saae morem instructus.*

certo che Pisa ricca e forte tutto il suo traffico faceva per le vie del mare e in Oriente. Inviava i suoi mercanti ed i suoi eserciti anco nella Italia inferiore, lungo le coste (1); ma poco dell'interno della penisola si occupava. I viaggi dei pisani erano per la Sicilia, la Sardegna, la Spagna, i luoghi delle crociate, e Costantinopoli: ove specialmente si guadagnavano la estimazione di popolo gagliardo. Degno di nota è questo (ci torneremo sopra per un altro proposito) che circa al 1160 o 1170 avendo l'imperator Comneno espulsi dal suo territorio i negozianti pisani, ebbe a soffrirne del pregiudizio: il perchè in breve li ricercò e chiese che tornassero. I pisani, tirata in loro prò l'occasione, proposero dei patti utili i quali vennero dall'imperatore consentiti: e ciò in confronto degli stessi veneziani allora meno favoriti nella corte imperiale (2). Nè basta. A proposito dei rapporti mercantili di Pisa con l'Oriente gioverà eziandio citare un documento del 18 marzo 1161 per mezzo del quale i consoli pisani concedono l'*embolo* (quartiere) le scale e la stadera, dono dell'imperatore di Costantinopoli, all'opera del Duomo. Tutto laggiù era il commercio pisano; imperocchè in quelli stessi paesi si facesse e compra e vendita; poi si vendesse ancora in Sicilia, in Sardegna, e in altri porti italiani: ma nulla di simile conosciamo quanto all'interno dell'Italia, e in specie quanto a Bologna.

In ordine ai rapporti politici di queste due repubbliche la poca loro importanza è ancor più facile a concepirsi. Pisa avea continue lotte con Lucca, Firenze e Genova; non lontane città, le quali non le facevano mai bene avere. Ma al di là nulla temeva. Bologna città non marittima, non le dava sospetto di rivalità. Del resto Bologna aveva da occuparsi molto di Ravenna. Il condursi da Bologna a Pisa, a cagione dell'Appennino che si alza fra le due città, riusciva così difficile e periglioso, che doveva esser raro, e per cagioni molto potenti. Anche le frazioni politiche le separa-

(1) MASI, *Della navigaz. e comm. della rep. pisana*, 1797.

(2) DAL-BORGO, *Raccolta di scelti diplomi pisani*, Pisa 1765. FANUCCI, *Oraz. sull'istor. milit. pis.*, 1796. MASI, *Della navigaz.* etc., Pisa 1797.

vano; essendo Pisa ostinata ghibellina, e Bologna guelfa per il prevalere della parte dei Geremei su quella dei Lambertazzi (1). Vero è peraltro che i due Federighi amarono molto Bologna e la privilegiarono sulle altre città italiane; e al tempo stesso tennero cara la repubblica pisana. Or questo ci fa presumere che ne sorgessero facili occasioni di qualche rapporto speciale, e di viaggi: il perchè senza contradire a quello che dicemmo sopra, notiamo non dovere essere mai nella storia troppo assoluti. Invero quando in Pisa, in Firenze e altrove venne in uso di chiamare dal di fuori i capitani del popolo e i potestà, accadde che Pisa ebbe i seguenti, venuti da Bologna. Nel 1253 al 1257 il Fabbro: nel 1270 l'Andalò: dipoi Pietro Furlani, Iacopo De-Presbiteris, Tommaso degli Angelelli, Nicolò degli Aldobrandi, e nel 1403 Gozzedino de' Gozzedini, per tacere di altri (2).

In tal guisa noi siamo condotti a conchiudere che i rapporti fra Bologna e Pisa, nei tempi che ora discorriamo, furono senza grande valore politico; ciò non toglie peraltro che fossero di amicizia, di buona corrispondenza, e mantenti per molte cagioni; fra le quali senza dubbio la scienza del diritto fu una delle prime. E ciò da un lato collima colla storia della gloriosa città Felsinea, la quale per essa scienza fu nota assai più che per altre glorie (3); e colla storia di Pisa che per la conoscenza del diritto, ivi coltivata, come abbiamo detto, potè vedere molti pisani cooperare, fin da principio, a quel risorgimento degli studi.

Tale cooperazione e quasi partecipazione di gloria, se non grandissima, certo notevole, provasi con i pisani professori a Bologna, con la quantità degli alunni là accorsi da Pisa, con la fondazione della pisana università a simiglianza

(1) MALAGOLA, *Della vita e delle opere di Antonio Urceo*, Bologna, 1878. Append. MALAGOLA, *I rettori dell'univ. bolognese*, 1887.

(2) Notizie avute dall'eruditissimo signor Direttore dell'Archivio pisano, cav. Tanfani. Una Provv. del Senato di Bologna del 1 novembre 1296 nomina cittadino bolognese un Matteo che dicesi figliuolo del conte Ugolino da Donoratico. DAL-BORGO *Diplomi*, Pag. 286.

(3) SARTI, *De claris archigym. prof.* I. 36. II. 257. SAVIOLI, I. pag. 2. SAVIGNY, vol. 2, CAPEI, *Compendio della storia*, etc. Cap. 28.

della bolognese, coll'uso che la scuola di Bologna si procurò del celebre manoscritto delle pandette in Pisa custodito.

I professori bolognesi d'origine pisana, e di fama amplissima nel nascere della scuola, furono il Bulgaro, il Burgundio, l'Uguccione, il Bandino.

Agitatissima tuttora la questione della nascita del Bulgaro. Oggi il Savigny e il Capei attestano la sua origine bolognese (1). Il Grandi e, dopo di lui, lo scrittore della vita del Bulgaro (nell'opera *Gli illustri pisani*) di già avevano valorosamente sostenuto il contrario (2). Vi è fra i manoscritti del Grandi, tuttora conservati nella biblioteca pisana, una buona quantità di lettere del dottore collegiato Alessandro Machiavelli, il quale contrastò lungamente col Grandi su questo proposito. Il precipuo argomento adoperato nella questione è il seguente. Il Bartolo nel commento *ad leg. Hac consultissima. Cod. Qui testamenta facere poss.* cita la glossa di Bulgaro, aggiungendo *qui fuit pisanus* (3). La prova così pare definitiva; in quanto l'autorità del Bartolo non è lecito di rifiutare. Non si quietarono peraltro il Pancirolo ed altri, i quali dissero, in quel luogo di Bartolo non doversi leggere *Bulgarus*, ma *Bandinus*, e quest'errore essere una mala interpetrazione della lettera B. del codice bartoliano; mala interpetrazione della quale fu colpevole il copista (4). Il Savigny e il suo seguitatore Capei escono dal piato con facilità, affidandosi al Placentino il quale chiama i quattro dottori *miserabili bolognesi,* e al Pastrengo il quale

---

(1) *Memor. degli ill. pis.* Vol. I. Il Grandi ne discute lungamente. *Ep. de Pand.* Nota 28.

(2) La disputa fu rinnuovata dal BRECKHAUS, *Bulg. ad Dig.* Bonnae 1856. DEL-VECCHIO, *D'Irnerio e della sua scuola*, pag. 61. Vedi anche il suo lavoro nell'*Archiv. giur.*, Vol. XV, pag. 95, che è sul BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozess — VI. Band. Der germ. röm. Civilproz. im Mittelatter*. Bonn, 1874. Questo scrittore suppone con altri che i quattro dottori non siano seguaci immediati di Irnerio: ma non sembra ciò da ammettere. Il Del-Vecchio in questo luogo, che tratta con sicurezza, sostenendo la successione immediata, corregge la data del documento pubblicato dal Ficker, che deve essere del 25 dicembre 1825.

(3) Le vere parole sono: *Finaliter glossa ponit quandam opinionem Bulgari glossatoris antiqui, qui fuit pisa nus.*

(4) PANCIROLUS *De claris leg. interp.* Lib. II, Cap. 15.

scrive *Bulgarus Bonon. legum doctor* (1). E ciò anche più moderni scrittori fanno senza tener conto delle molte ragioni del Grandi. Le quali però oggi, tornando sulla disputa, ha discusse e poi dichiarate di nessun valore il Breckhaus, editore del commentario di Bulgaro: *ad dig. tit. de divers. reg. juris ant.* (2). Sembra al dotto scrittore che la pretesa asserzione del Bartolo sia così destituita di ogni prova, da non potersi mettere in dubbio l'errore di copia o d'interpretazione. Tolto il principale ostacolo, restano argomenti validi tutti gli altri, per il Breckhaus; il quale aggiunge che l'opinione di dovere nei commenti del Bartolo leggere Bandino e non Bulgaro, è omai di tutti; e le glosse antiche alle quali il Bartolo si riferisce non contenere che il nome di Bandino.

Il passo di Bartolo è questo « *Lex VIII. Qui testam. facere poss. Ad sextum lib. Cod. Finaliter glossa ponit quamdam opinionem Bulgari, glossatoris antiqui, qui fuit Pisanus et dicit.....* » (3)

Ora, in primo luogo, che abbia errato il Bartolo non è supposizione da fare: anzi par giusto di dire che il Bartolo, professore pisano, se scrisse così, scrisse perchè volle scrivere, e perchè a Pisa, le di cui istorie gli erano ben note, si ebbe comunemente cotesta opinione. Che poi l'immaginato errore sia venuto da un B. dei codici bartoliani, e dal cattivo deciferare dei copisti, è un'ipotesi la quale su nessun argomento si fonda, e non sembra discutibile in savia critica. A buon conto le varie edizioni delle opere del Bartolo hanno *Bulgari* o *Bul.* e non *Bandini:* dunque così avevano i manoscritti dai quali son tolte. Il solo B. ai tempi di Bartolo non si trova giammai per citare un giureconsulto; ed egli, come più volte ho detto (4), cita colla prima sillaba:

---

(1) PLACENTINUS, *Summa in tres lib.* X. 16. GUIL, DE-PASTRENGO, *De orig. rer.* 15. SAVIGNY, Cap. XXVIII. BECKHAUS, *Bulg. ad. Dig. tit. de divers. reg. jur ant. comm.*, Bonn. 1856.

(2) *Op. cit.* Pag. XIII. *Nego enim Bartolum umquam dixisse Bulgarum glossatorem anttquum esse pisanum.*

(3) Son parole d'un antico ms. citato anche dal Beckhaus. Pag. XII. Quanto alle edizioni delle Opere di Bartolo, esse conservano il passo che abbiamo posto di sopra.

(4) Le prove e gli esempi sarebbero innumerabili. *Memorie istoriche di più uom. illustri pis.* Vol. I.

così si vede fatto nel bellissimo e antichissimo codice membranaceo delle sue opere, che è a Firenze (1).

Si accampa però l'obietto che Bartolo cita la glossa, e che la glossa secondo quel che dice il Brèckhaus contiene il nome di Bandino; che è pur quello che ha Cino da Pistoia (2) e altri i quali hanno imitato e seguito la glossa stessa. Anche quest'argomento non ci pare di valore. Ammesso il passo di Bartolo, come noi l'abbiamo riportato, deve ammettersi intiero; cioè senza spezzarlo: quindi deve credersi che Bartolo vide la glossa, che egli cita, e che la vide col nome di Bulgaro; pure essendo possibile che altre glosse, altre copie, altre edizioni avessero Bandino.

Che se a queste cose non è possibile di seriamente contradire, ne viene la facile conseguenza di mantener fede all'autorità del Bartolo; il quale, come avvertimmo, era in tali condizioni da poter ben conoscere cotesta storia pisana.

Non ostante questo insieme di osservazioni che, anco ai tempi del Grandi, vennero opposte alla nuova interpetrazione del passo di Bartolo, altro argomento contrario si è portato, consistente in un altro passo del Bartolo stesso che è *ad legem 27. Domitius. Dig. De testam. et qui testam. fac. poss.* (3), ove si leggono queste parole: *tunc computatur tabellio in numero testium........ Glossa format hanc quaestionem l. hac consultissima in verb. octav. C. qui test. facer. poss. et ibi recitat opin. Bandini antiqui doct.* Ove si dovesse prendere così semplicemente questa lezione, metterebbesi Bartolo contro sè stesso, e bisognerebbe leggere Bandino anco nel primo passo. Ma la cosa non va in questo modo. Alla *leg. Hac consultiss.* Bartolo dice che la glossa *ponit quamdam opin. Bul.* cioè una qualunque opinione. Seguita poi con delle distinzioni. La glossa alla sua volta ivi contiene le parole: *ergo tabularius computatur in num. testium qui hic exiguuntur ut est in auth. et l. Domitius....... Sed Bandinus contra.* Questa opinione contraria è

(1) Nella Libreria Nazionale. Ed è del XIV sec.

(2) *Supra Cod.* Lib. VI, Tit. 22. Franc. ad Moen., 1578.

(3) Capei, *loc. cit.* Nota. Pag. 174.

la preferita. La glossa adunque riferisce due opinioni: una che è *quamdam opinionem*, l'altra che è accettata. E Bartolo ha potuto ben riportare nei Digesti l'opinione accolta di Bandino, come nel Codice ha potuto citare anche l'antica opinione, discendendo poi nella comune. Le due citazioni sono diverse, e sono ambedue vere.

Del resto è pur da aggiungere un altro argomento. La indicata contradizione toccherebbe l'autore della glossa: e sia: ma quando in un luogo il Bartolo, anche errando, ha attribuito la glossa a Bulgaro, poichè lo ha qualificato pisano, ciò basta per la questione della patria: nulla ora importandoci il dubbio circa all'autore della glossa.

A sciogliere la vecchia disputa si possono poi adoperare altri mezzi. Il Maschiani, antico pisano, nel suo libro *de bello balearico* conservato manoscritto nella libreria nazionale di Firenze dice aperto che il Bulgaro fu pisano (1) e Tommaso Diplovataccio usa queste parole: *Bulgarus natione pisanus . . . . . Iste Bulgarus fuit preceptor Jo. Bassiani, ut ibi dicam, et vide Bart. et Alberic. in l. hac consult. ubi dicunt quod Bulgarus antiquus doctor fuit pisanus* (2). Ci paiono molto valide queste testimonianze degli *Excerpta codicis Diplovatacii;* le quali specialmente della prima lezione di Bartolo ci assicurano, e di una tradizione costante; che poi a noi non occorre di mostrare come seguitasse nelle opere del Dempstero, del Forster, del Giannone e di altri moltissimi (3).

Nè sono quì da trascurare due altri fatti. L'uno ci viene offerto dal Ficker, scrittore moderno, molto autorevole, che

---

(1) Benedotto Maschiani nel proemio dell'opera citata dice che Pisa fu piena di chiari ingegni, fra i quali deve gloriarsi di Bulgaro « *antiquo juris interpetre qui egregia commentaria fecit.* »

(2) SARTI e FATTORINI, *De claris arch. bonon.* Part. 2, Bon. 1772. Append. *Excerpta cod. Diplovatac.* n. XVI.

(3) DEMPSTER, *Hetr. regal.* Lib. V, cap. 2, n. 44. FORSTER, *Hist. jur. civ.* II. 6. GIANNONE, *Stor. di Nap.* II. 12. TANUCCI, *Difesa delle Pan.* Lib. I, cap. 9, pag. 61. Il Muratori, dopo aver parlato d'Irnerio; dice: *Tales fuere Bulgarus, Martinus Gosia anconitanus, Hugo et Alber. de porta Ravennate bononienses. Lotharius et Io. Bassianus cremonenses, Hugolinus, Azzo,* etc. Se egli non dichiara Bolognese Bulgaro, come dichiara gli altri, e di tutti enuncia la patria, è da credere che egli stesso Bolognese non lo facesse.

nel terzo volume delle sue ricerche cita un documento dell'8 luglio 1151 contenente le parole *Magister Bulgarus ex concessione d. pape Eugenii cognitor cause* fra un prete e un laico (1): infatti questa concessione o mandato di papa Eugenio, che era pisano, e molto si occupava delle cose pisane, si può ragionevolmente credere sia stato fatto a Bulgaro, non a Martino o ad altri, perchè concittadino. E in appoggio di ciò conviene di avvertire che papa Eugenio stette del pari in rapporto con Burgundio, e che a questo ordinò di tradurre l'opera *De fide orthodoxa* del Damasceno. Quel Pontefice onorò sempre e preferì in diversi casi i suoi concittadini. L'altro è il fatto che dopo, e non prima di questo tempo, si trovano in Bologna indizi della famiglia dei Bulgari; mentre essa è antichissima e nobile e spesso ricordata in Pisa; essendovi stato, nell'epoca alla quale ci riferiamo, in maremma il castello di Bulgari o Bolgari, conquistato circa al 1120 da Corrado marchese di Toscana. La qual cosa non solamente spiega l'origine pisana della detta famiglia, ma di più fa bene intendere come dopo quest'epoca essa si fermasse a soggiornare fuori della patria.

Finalmente vuolsi notare che le attestazioni del Pastrengo e del Placentino, alle quali tutto si affida il Savigny, non dicono aperto che fu d'origine bolognese il Bulgaro; ma che fu dottore bolognese, della qual cosa davvero non si dubita (2) e che le molte e molte dimostrazioni accampate contro alla sostenuta opinione da Alessandro Machiavelli bolognese, nelle sue lettere inedite al Grandi, vennero dal Grandi stesso potentemente confutate. Anzi a proposito di questo Machiavelli sono costretto di aggiungere quel che di recente fu scritto e pubblicato: vale a dire che egli ai suoi tempi fu inventore di storie e d'iscrizioni; e mai fu degno di essere rispettato in fatto di critica (3).

---

(1) *Forschungen zur Reichs-und Rechtsgeschichte Italien.* Innsbruch, 1872. Dritter Band, n. 532.

(2) Era l'uso di ascrivere i dottori alla cittadinanza di Bologna. *Bartol. ad leg.* 23 *Dig. Ad Municip.*

(3) *Atti della R. Accadem. Lucchese.* Tom. XVII. Anno 1861. LEONARDI, *Discorso intorno a Irnerio.* Pag. 317. Nota 28.

Ed ora senza più occuparci di siffatta controversia che ci pare meglio chiarita di quello che prima fosse, diremo che il Bulgaro, discepolo d'Irnerio, e successore di lui nella scuola di Bologna, acquistò grande reputazione, e come dice il Savigny, il numero l'eccellenza e l'irneriana semplicità delle sue glosse fu dovunque ammirata. Egli si condusse in Bologna, spintovi certamente dalla conoscenza, che, per essere di nobile stirpe, avea già acquistata in patria, delle leggi romane, e per il desiderio di udirle illustrare da Irnerio prestamente salito in gran nome. Furono molte le chiose di lui, e, come dissi, grande la fama. Di recente è stato ripubblicato il suo commento de *regulis juris* ec., stampato già da Carlo Stefano in Parigi, e per errore attribuito al Placentino (1). Dopo la morte d'Irnerio la scuola si partì in due; come fra Labeone e Capitone in antico (2). Bulgaro seguace fedele d'Irnerio; Martino più libero e sciolto da molte tradizioni nei suoi lavori giuridici. Mentre vissero furono perpetue le contese fra questi due giureconsulti; delle quali dà la prova la celebre raccolta delle *Dissensiones dominorum* (3). Nè sembra fuor di proposito il pensare, o il sospettare, che di questa acre rivalità fosse elemento anche la differenza del luogo nativo.

Dopo Bulgaro viene Burgundio o Burgundione, di cui l'origine pisana non incontra dubbio. Nacque nel 1110; per scritti, per viaggi, per fama fu notissimo dal 1130 al 1180. Moltissime traduzioni in latino di libri greci si debbono a lui (4). Ora per causa di mercatura, ora per uffici affidatigli dalla repubblica pisana, si condusse frequentemente a Costantinopoli (5). Per sapere della sua cooperazione nella dottrina giuridica di questo tempo, e perciò nella scuola di Bologna, due cose debbono essere rilevate: il suo valore nel diritto,

---

(1) BECKHAUS, *Op. cit. in principio.*

(2) BRUNQUELLI, *Histor. jur.* Par. III, cap. 3. BRUNQUELLI, *De sectis et controvers. juris. Iust. interpet. quos. glossatores appell.*, Ienae 1725.

(3) *Dissens. domin. sive controv. vet. Edidit* GUST. HAENEL., Lipsiae 1834.

(4) GIOV. ALBERT. FABRICIUS *Bibliot. lat. med. et infim.* I, pag. 304. MAZZUCCHELLI, *Scrit. ital.* II, pag. 2, pag. 1768. OUDIN, *De script. eccles.* II, 1296. *Memor. degli ill. pis.* Tom. I. TRONCI, *Ann. pisani* dal 1130 al 1138.

(5) *Memor. degli ill. pis.* La vita è dell'Antonioli.

e la traduzione di molti passi greci delle pandette. Il primo punto è posto abbastanza in chiaro dalle carte pisane pubblicate dal Muratori, dai due Dal Borgo, dal Grandi e dal Tempesti (1) nelle quali Burgundio, firmandosi, si dichiara, o vien detto da altri, *advocatus, judex, jurisperitissimus;* non che dal pomposo epitaffio sulla tomba di lui, che lo chiama *doctor doctorum* e *gemma magistrorum* (2). Non sembra però che egli si conducesse mai in Bologna; e se insegnò l'idioma greco o il diritto in patria, è da credere che non tenne scuola altrove. Il perchè è il secondo dei punti ora da noi proposti, che particolarmente interessa l'argomento nostro; vale a dire la traduzione di molti passi greci delle Pandette nel linguaggio latino. Il fatto è certo; come lo attestano i manoscritti più celebrati, che il Savigny cita, e come lo attesta Odofredo; e dopo Odofredo, Antonio Agostini, Anton Maria Salvini, il dottissimo Guadagni, l'Antonioli (3) e più recentemente Pietro Capei ed altri. Non è fuor di luogo il riportar qui ciò che disse Odofredo che morto nel 1265 cioè soli anni 71 dopo Burgundio, fu nel caso di conoscere e di narrare fatti veri e facili a sapersi. Egli adunque commentando la *leg. 2. ff. De legib.*, col suo intercalare frequentissimo *Or signori*, scrive; *Unum tamen vobis non omitto ut sciatis semper quod in antiquis libris ubi vos invenietis Graecum, quod vos invenietis extra textum unum B. et. e, r. et dicit Ber. Verum tamen est quod scriptores ponunt B. u. et l. et dicunt quod fuerunt factae per dominum Bulgarum. Sed non est verum quia dominus Bulgarus non plus scivit de Graeco quam ego. Sed interpretationes de Graeco in latinum fuerunt factae per quemdam Pisanum qui vocabatur dominus Berguntio.* Egli commenta così pure la *leg. 60. §. 4. ff. Mandati* (4).

La cagione più alta della reputazione di quest'uomo è stata adunque il suo svariato sapere e l'uso del greco e del

(1) *Op. cit.*

(2) *Op. cit.*

(3) ODOFREDO *in leg. 2. Dig. De legib.* SARTI, *Op. cit.* I, pag. 31. GUADAGNI, *Ad graeca pand. Dissert. VII,* Pisa 1787.

(4) GUADAGNI, *Op. cit. loc. cit.*

latino; per virtù del quale voltò in questo secondo idioma le opere di Giovanni Damasceno, le omelie del Crisostomo, gli aforismi d'Ippocrate, non pochi libri di Galeno, e dei Geoponici greci, e altre opere (1). Facile è l'ammettere, dopo ciò, la versione dei passi delle Pandette, del resto universalmente attribuitagli. Anzi vi fu chi lo disse traduttore eziandio dei passi greci del Codice, e di essersi adoperato a correggere le Novelle e a dividerle in collazioni (2). La qual cosa è contradetta da una sua prefazione al Crisostomo, ch' io dall' amico mio professore Enrico Serafini ho fatto rileggere a Parigi. Il passo è il seguente, che si ripete anco con i suoi errori, perchè mostra Burgundio aver avuto conoscenza di tutte le opere di Giustiniano; notevolissima cosa per quell'epoca: *Decem quoque viri romani leges Solonis clarissimi philosophi, et Platonis amicissimi, de verbo ad verbum Athenis transtulerunt et eas Romam adducentes, in legem antiquam XII tabularum conferunt. Sed et Justinianus imperator, clarissimus vir per omnia prudentissimus, librorum digestorum et codicis verbum verbo reddens de latino in grecum transtulit sermonem, ut eloquentia Diocletiani imperatoris et Papiniani jurisconsulti et caeterorum imperatorum et jurisconsultorum qualiter in legibus condendis at invicem discrepat, non solum ex sententiarum sed ex styli altitudine, non modo latinis sed etiam graecis liquido pateret. Liber quoque institutionum tam in graeco quam in latino etc. . . . . Novellas etiam authenticas costitutiones quas novis cotidie emergentibus casibus postea assidue graeca lingua praedictus Justinianus composuit de verbo ad verbum de graeco in latinum translatas toti orbi terrarum obediendas transtulit* (3).

Per mezzo di Professori e di scolari le traduzioni dei passi greci delle Pandette pervennero in Bologna; e, come insegna il Savigny, diventarono parte integrale del testo di quella scuola (4). Ed è qui da fare una congettura moltissimo

(1) *Memor. degli illustri pis.* Tom. I, pag. 87.

(2) GRAVINA, *De ortu et progres. jur. civ.* n. 136. HEINN. *Histor. jur. civ.* Lib. I, n. 419.

(3) BURGUND. *Praef. Homil. Crysost. in Jo. MS.* Paris, 1772.

(4) I passi tradotti furono i più brevi. Gli altri erano stati già tradotti, ma s'ignora quando. Il Savigny attesta fatta a Pisa la traduzione, e sul celebre MS. Vol. II, pag. 89. ODOFREDO, *in leg. 29 De legib. et* 60 § 4. *Dig. Mandati.*

aiutata da un fatto che crediamo di avere chiarito. Se il Bulgaro fu Pisano, e, già dotto in giurisprudenza, andò a Bologna, non può non aver conosciuto o pregiato Burgundio, suo concittadino, e della stessa epoca, nè avere ignorato i suoi lavori (1). Per la qual cosa Bulgaro fu probabilmente quel giureconsulto che le traduzioni pisane divulgò nella scuola, e come poi diremo, sparse la fama del pisano manoscritto. Non è questa che una congettura: ma sorretta dal fatto singolare che molti, fra i quali l'Accursio e l'Alciato attribuirono quelle versioni al Bulgaro: e bisognò tornare all'autorità dell'Odofredo per rimettere le cose nel vero. Ora se il Bulgaro non fu il traduttore; ma di lui si disse; certo è che bisogna attribuirgliene almeno la conoscenza. L'Odofredo del resto non negò mai che Bulgaro conoscesse o adoperasse le traduzioni suddette: unicamente assicurò che egli non poteva tradurre dal greco.

Pur troppo non tutte le versioni dei passi delle Pandette, e del titolo *de excusationibus*, sono da attribuire ad uno solo; e pur troppo esse sono state trovate in gran parte erronee. Ma di questo noi ora non ci dobbiamo occupare. Molto se ne occupò il Poliziano: ed ugualmente il Budeo, l'Alciato, l'Agostini, detto *vir politissimus* dal Cuiacio, e il Cuiacio stesso, chiamato l'asilo di ogni erudizione, e Iacopo Gottofredo, ed Egidio Menagio, e, per fermare qui il discorso, Anton Maria Salvini, in lode del quale il Bynkershoeck disse, parlando di chi poteva utilmente intendere a quest'opera: *hic aut Salvinius aut nullus erit* (2). Modernamente il Mommsen in quella sua stupenda opera, che è la pubblicazione del manoscritto fiorentino, chiamò ad aiutarlo, per le parti greche il dottissimo Rodolfo Hercher.

Ed ora diciamo di Uguccione, che è il terzo dei pisani più celebri cooperatori della scuola di Bologna. Egli si dichiara da se cittadino pisano nella prefazione del suo *Lexicon*, o *Glossarium ethimologicum*, o *Liber derivationum* (3).

(1) Flam. Dal-Borgo, *Orig. della univ. pis.* n. 51, Pisa, 1765.

(2) Guadagni, *Ad graec. pand.* VII. 224.

(3) Anche il Diplovataccio lo attesta. Il Pancirolo erra nel Lib. III, cap. 3. Di questo lavoro d'Uguccione furono fatti molti esemplari nei secoli XIII e XIV. A Firenze ne ha tre la Laurenziana. Il Ducange e il Sarti ne pubblicarono qualche frammento.

Il Tiraboschi, il Sarti e gli altri storici ne parlano diffusamente, essendo salito in molta fama come canonista. A parere del Sarti *Ugutio natione Tuscus, civis Pisanus, episcopus Ferrariensis,* insegnò il diritto canonico in Bologna verso il 1178. Un altro suo lavoro fu la *Summa super decret.* di cui vennero non è molto pubblicati dei brani notevoli che il Sarti e il Fattorini avevano invano promessi. Seguitò l'opera di Graziano: quindi egli pure può qualificarsi per uno degli istitutori del *corpus juris canonici* e della sua glossa. E certo fu espositore dei canoni nella scuola di Bologna, e commentatore e spesso emendatore del Decreto. Nelle carte dell'abbazia di Nonantola egli si trova rammentato nel 1197; dopo la quale epoca visse altri anni ancora. Uguccione dentro la sua opera intitolata *Summa* che è fra i manoscritti del Vaticano, richiama di sovente le leggi dei digesti, ne discute, e le cita a modo dei glossatori (1).

Quanto al Bandino della nobile stirpe pisana *de Famiglittis* o dei Famigliati, pochissimo è stato scritto dal Savigny. Nessun dubbio hanno avuto gli scrittori circa alla sua origine; bensì circa al luogo ove apprese il diritto. Ma ciò non ha importanza. Si può ammettere che fino da quei primi tempi della scuola bolognese molti pisani, e fra questi il Bandino, ivi accorressero scolari, e in seguito i già noti o di migliore ingegno, come il Bandino, salissero agli onori dell'insegnamento. Fu nel 1198 quando da non molto erano morti Bulgaro e Burgundio, che fu nominato a Bologna lettore di diritto civile, mentre ivi fiorivano Azone, Bagarotto e Balduino. Egli legossi a quell' ufficio col famoso giuramento, che si volle per vantaggio dello studio bolo-

(1) *Summa saper decreto.* Ne furono promessi dal Sarti e dal Fattorini degli estratti. In un luogo trovasi la definizione testuale del gius naturalé, e le citazioni = Dig. *De jur. et just. Leg.* 1. §. *Ius nat.* Sicardo, Onnibono, Rufino, Silvestro, non fecero quanto egli fece fra i comment. canon. TIRABOSCHI, Tom. IV, pag. 265. SARTI, *loc. cit.* n. 13, pagina 281. Quanto al modo di citare usato dalla scuola bolognese, è un punto da considerare assai. Il Savigny non è preciso. A me persona molto dotta in ciò ed autorevolissima ha mostrato nelle opere di San Gregorio. *Op. omn.* Tom. 2, colon. 1252. *Ed Maur.* cioè in tempi molto remoti, la citazione della *leg. Famosi;* cioè citazione colla prima parola.

gnese, riportato dal Muratori e dal Sarti (1). Per quattro lustri il Bandino insegnò; ed all'insegnamento aggiunse altri uffici onorevoli; come quello di dar sentenza in alcune gravissime liti, e di assistere con altri dottori alla dedizione dei comuni di Medicina e d'Argelata e del contado d'Imola alla città di Bologna (2). Una notizia singolare che lo riguarda, come romanista, è questa, che dal manoscritto del *Digestum vetus* del Bandino si ricavarono alcune varianti per gli altri manoscritti; il che venne dimostrato dagli storici col citare alcune note di quello di Bamberga (3). Più singolare ancora ci pare l'altra notizia che, mentre nessuna glossa di lui fu per se stessa conservata, e poco se ne parlò, Accursio tutte le tolse, e le fece passar per sue, una sola volta nominandolo, e facendo che la sua memoria quasi si estinguesse (4). Pillio ed Ugolino peraltro lo citano (5); e in un antica formula la quale mi fece leggere il signor Ficker, ricercatore indefesso e interprete sicuro di antichità, s'incontra il nome di Bandino e quello di Pillio modenese, come di due famosi, ai quali l'imperatore dette una causa da giudicare (6). Il Sarti disse di lui: *Eruditus in scholis nostris Bandinus, in iisdem professoris locum diu cum laude tenuit.*

Qui, come si vede, non trattiamo che dei più notevoli maestri di diritto; ma di altri che furon meno, potremmo pur risvegliare la memoria; i quali andarono a Bologna da Pisa, ed anco da Firenze, e furono professori di discipline giuridiche e non giuridiche: a modo d'esempio un *Guido pisano da Egello,* cioè *di Gello,* medico insigne (7) e un tal Guido Mosca che nel 1305, essendo giudice della curia

---

(1) Sarti, Append. Pag. 65. *Annali Univ. Tosc.* Tom. XIV, Parte I. *Scuola pis. del dir. rom.*, Pisa 1874.

(2) *Scuola pis. del dir. rom.* sopra cit. *Memor. degli illustri pis.* Tom. III. *Vita del Bandino.* Il Sarti ne parla a lungo.

(3) Capei, Cap. XXIV, pag. 194, ove se ne parla assai più che in Savigny.

(4) Iacopo Gothofredo, *Hist.* Cap. 9. Pastrengo, *De orig. rer.* pagina 15. Sarti, *loc. cit.*

(5) Capei, *loc. cit.*

(6) *Scuola pisana del dir. rom.* sopra citata. Nota 19.

(7) Sarti, *loc. cit.*

del mare, chiese ed ottenne dal consiglio degli anziani di lasciare l'ufficio predetto per recarsi a Bologna a studiar legge (1).

Di questi e altri maestri torneremo a notare alcun' altra cosa in seguito. Qui solamente diciamo che se avveniva questo fra Pisa e Bologna, quanto ai maestri, più assai dovea accadere quanto agli scolari. Se non che prima ci è mestieri di ricordare al lettore una osservazione che è importante in questo nostro lavoro, e che fu già fatta, e che a quest' ora ci sembra in gran parte provata. Se è vero che la nuova dottrina di Bologna trasse le sue origini da quella di tante città italiane; e se è vero che allo splendore suo molte di queste stesse città cooperarono, Pisa coll'antica sua cultura del diritto, coi rinomati professori che dette a Bologna, e poi, come vedremo, col suo celebre manoscritto, cooperò a tale effetto forse più (come dicemmo in principio) di tutte le altre città d'Italia.

E torniamo agli scolari. Da Pisa come da ogni altra parte della penisola, e dal di fuori, accorrevano allo studio famoso. Il Sarti e il Fattorini pubblicarono un elenco di *scholares illustres* (2) ove alla data dell' anno 1265 troviamo *D. Bonaccursus canonicus pisanus;* nel 1270 *D. Raynerius de Pisis can. Duacen.* e *D. Raynerius vicecomes de Pisis can. Sancti Simphoriani;* nel 1278 *D. Iacobus de Lanfranchis de Pisis;* nel 1283 *D. Bonaccursus de Lanfranchis de Pisis* e *D. Bonifacius de Rusticis de Vulterris*, e *D. Raynerius pleban. sanct. Luc. de Pisis*, e *D. Raynerius can. pis.* e *D. Thomas de Vico pisano;* nel 1289 *D. Philippus dom. Cherici de Pisis doctor legum;* nel 1290 *D. Ganus sive Galvanus. dom. Johan Manensis de Pisis;* nel 1292 *D. Henricus dom. Jacobi Lazi de Pisis;* e nel 1293 *magister Guido pisanus.* Inoltre sappiamo che Vitale arcivescovo, Ugo da Fagiano, e Federigo Visconti, studiarono a Parigi e a Bologna; e Giovanni Fagiuoli, assai rinomato, fu scolare a Bologna; senza più occuparci del seguito.

---

(1) *Vj idus octobris* (1305) *Consilium minus Anthianorum pis. pop. Archiv. di Stato in Pisa. Provv. degli Anz.*

(2) Sarti, Part. 2. *Docum.*

Sono questi opportuni ricordi i quali spiegano la relazione che quanto alla scienza del diritto passava fra le due città. La quale relazione doveva poi naturalmente avere un altro effetto (che quasi potrebbe esser detto di riflessione o di ritorno) vale a dire l'accrescere, almeno per emulazione, lo studio del diritto in Pisa, e il procurare qui una scuola ordinata, dove i pisani imparassero le leggi; spesse volte essendo impediti di viaggiare e dimorare in Bologna.

Quest'effetto veramente ne venne: il perchè è impossibile trascurare l'autorità, e lo stesso materiale disegno dell'istituto bolognese, trattando delle origini della Università pisana e della sua istoria (1). Nella quale conformandoci a quanto abbiamo fin qui esposto e meditato si possono distinguere tre tempi: quello primitivo delle scuole di diritto, private, nascoste, mescolate alla vecchissima forma del trivio e del quadrivio, o della teologia, o dei notari per le condizioni degli atti: quello che si manifesta mediante la imitazione di Bologna, le classificazioni degli scolari ivi già usate, e alcuni uffici scolastici adottati: quello finalmente che viene dopo la riforma di Fazio conte di Donoratico nel 1338, e dopo la bolla di Clemente VI che nel 1343 riconobbe lo studio di Pisa quale *studium generale.*

La seconda di coteste epoche è specialmente segnalata dal famoso documento dell' archivio Roncioni, pubblicato dal Fabroni (2). Esso è del 1194 e narra che Viviano *nuncio degli scolari pisani* vendè per commissione di maestro Riccardo, canonico del duomo, un *digestum novum* a Giovanni di Verona; onde il detto maestro Riccardo ratifica la vendita e promette di non recare molestia al compratore

---

(1) FABRONI, *Histor. Arcad. pis.*. Pisa 1791. Fu preceduto dal Fabrucci e dal Corsini, e da altri. Sono anche da leggere SEVERI, *Cenni sull'ant. univ. di Pisa. Giornale Toscano.* Tom. I, Pisa 1842. SEVERI, *Intorno al giureconsulto F. Accolti aretino*, Pisa 1835. Non che la *Scuola del dir. rom. Annali dell'Univers.* 1871 citata di continuo dal Denifle. Nella libreria del cav. Prini Aulla di Pisa si trovano manoscritti riguardanti l'Università, non antichissimi, ma di un epoca notevole. Per es.: *Ruoli dal 1621 al 1649*, le *Iscriz. dei giurecons. in Campos.* e la *Nota dei Lettori dal 1473 al 1649.* Fra i Codici di Ashburnham si trova pur questo « *Additiones et correctiones Veter. Statut. Univers. stud. Pis.* E nella Nazionale una *Nota dei Lettori*; ed anche *Scritti vari sulla Università.*

(2) *Hist. Acad.* cit. I, Cap. 4.

sotto la pena del doppio. E qui ognuno vorrà ben notare come quest'ufficio di *nuncio degli scolari* argomenta qualche cosa di regolare, e come questo *magister* è di certo un insegnante e un possessore di manoscritti giuridici Un altro documento pisano dell' anno 1341 attesta una singolare ordinanza degli Anziani che statuisce i libri del diritto, o di altra scienza o facoltà non dovere alcun dazio all'entrare, ma doverlo all'uscire dalla città (1). Non basta. Per dire quanto occorre sulla seconda epoca della Università pisana, debbo notare altri documenti. Uno è la istanza di alcuni cittadini di Pisa agli Anziani colla data del 1319 (stile pisano) per ottenere un maestro di gius canonico nella persona dell'abate Francesco da Orvieto. La istanza fu secondata. L'abate venne a Pisa collo stipendio di centocinquanta lire, *sine aliqua cabella,* e la facoltà di concordare un altro salario cogli scolari (2). Si può inoltre aggiungere che in un documento del 1340 si parla delle scuole di medicina, e in un altro preziosissimo, anteriore esso pure alla bolla di papa Clemente, si parla dell' affitto di una casa *in capella santi Laurentii de Rivolta,* condotta dal Comune per il Rettore dello studio di Pisa (3). E poichè ivi è detto che il pagamento vale per un anno già trascorso, con quelle memorie e quelli ordinamenti si monta al 1339.

Le quali cose noi siamo andati osservando non per entrare in una grave ricerca di storia letteraria italiana; ma per prendere l'occasione, acconcia al nostro argomento, di notare come fin dal 1194, e prima, era conosciuta nelle scuole pisane la distinzione del digesto vecchio e nuovo, e come la stessa scuola di Bologna prestò subito le sue forme e le sue regole a quella di Pisa. Nella quale, fa d'uopo pure di avvertir questo, accadde di frequente che venissero ad insegnare coloro che tornavano dall' apprendere il diritto, ed i metodi di spiegarlo, nella scuola direttrice di ogni sapere giuridico.

(1) *Sulla scuola pis. del dir. rom.* Pag. 8. *Archiv. di Stato. Universit.* Lettere. Filza 1, n. 208.

(2) *Archiv. di Stato, Scuola pis. del dir. rom.* Nota 37.

(3) *Archiv. di Stato. Provvis. degli Anziani,* 29, 17.

Fra i maestri pisani da ricordare è *Gerardus de Fasiano juris civilis professor et prior Antianorum;* il quale per ragionevole congettura del Fabroni, pigliò in Bologna e la qualità di dottore e il titolo di *professor* circa al 1250 (1). Deve essere dipoi citato un certo Zacchia di Volterra morto nel 1283, che si dice avere per quattordici anni professato a Pisa l'una e l'altra giurisprudenza *ex publico decreto* (2). Più famoso di questi fu Giovanni Fagiuoli; del quale in Pisa si vede tuttora il sepolcro. Morì di 63 anni nel 1286 lasciando una *Summa* dei libri dei feudi, tolta spesso per guida da Baldo nel commentare i testi, e un trattato *De summariis cognitionibus,* dal Bartolo detto *unum pulchrum tractatum.* Per lui la scienza delle leggi fiorente in Bologna si estese, come forse avanti non era accaduto, in Pisa. Infatti è da ritenere che in Bologna stessa e nella scuola di Benedetto beneventano apprendesse la giurisprudenza; per il che guadagnossi il titolo di *legum doctor e professor.* Di lui inoltre Alberico, Baldo, il Mantua, il Pancirolo, il Cinelli, e il Fabroni dissero *multa in jus civile scripsit;* citando per cagione d'esempio, le *aggiunte o note alle costituzioni* e *pragmatiche del regno di Napoli*, e le *interpretazioni di parecchie leggi,* oltre le opere suaccennate (3). Molte altre cose potrebbero esser dette di questo giureconsulto che fu tenuto in grande reputazione, ma al nostro proposito basteranno due: l'una è che il Fagiuoli fu comunemente annoverato fra i glossatori (4) e l'altra che egli ebbe un figlio di nome Gherardo o Gaddo, al pari del padre professore di leggi; e da Gherardo venne Andrea, e da Andrea Giovanni, i quali due ultimi, il primo nel 1300 e il secondo nel 1324, abbiamo sicura memoria che stettero a studiar giurisprudenza nell' Ateneo di Bologna. Il Sarti

(1) FABRONI, *Hist.* Tom. 1, cap. 4.

(2) FABRONI, *loc. cit.*

(3) MARTINI, *Theatr. Basil. pis.* Cap. 18. BRANCACCINI, *De jure doctor.* Lib. I, cap. 6, n. 5. PANCIROLUS, *De claris legum interp.* Lib. II, cap. 33. FABRUCCI, Op I. Il Bartolo lodò il Trattato nel *Comm. ad leg. 1,* § *fin.* Dig. *De praetor stipulat.*

(4) FONTAN, *Biblioth. legal.* Part. VI, colon. 13, 87, 89. Lo cita anche Benedetto Maschiani nello storia *de bello balearico.* Il Baldo lo annoverò fra i glossatori più celebri.

fa menzione di tutti questi pisani, e quanto a Giovanni dice: *non injuria eum judico doctoribus nostris adjungendum* (1).

Altri non pochi professori in diritto civile e canonico, stati i più alunni del liceo bolognese, insegnarono a Pisa in questo tempo. Il Fabroni ricorda *Clericus legum professor* del 1308 un Giovanni di Andrea, un Ciaffi, e un Lemmo del Bianco ai quali noi dobbiamo aggiungere, per un documnto del 1305, che la gentilezza del direttore dell'archivio cav. Tanfani già ci dette licenza di pubblicare (2) un Sigerio Marignano; leggendosi ivi di Giovanni figlio *condam domini Sigerii Marignani juris professoris.* E conviene pure qui ricordare alcune memorie trovate nell'archivio nostro dal chiarissimo dottore Antonio Feroci di Pisa. Egli mi ha fatto conoscere il cap. LVII di una vecchia cronaca (si riferisce all' anno 1314) dove si dice che fu lasciato in Pisa *frate Ioanne Cinquino delli predicatori*....... a sollecitare *Pisa della pace, e che fosse chiamato di Pisa dottore* (3). Dal medesimo ho pure avuto notizia di un documento del diplomatico Coletti, anno 1303, nel quale si parla di un Iacopo Peronio di Vicopisano, *perito in gius canonico*; non che di un altro più importante, nel quale si cita un *Clericus juris professor*; il quale può essere lo stesso ricordato dal Fabroni, ma può anche non essere per la lontananza del tempo.

La scuola di Pisa in tal guisa si componeva, quasi, come dicemmo, mossa e illuminata da quella di Bológna; ed aveva maestri, dottori, glossatori, e scolari ordinati in nazioni, e diritto civile e diritto canonico come il suo esemplare; e se Pisa avea dato in principio alcuni dei suoi alla celebre scuola bolognese, in appresso da questa a poco a poco ebbe quello che volle per potersi rendere alla sua volta scuola indipendente dal lato della scienza, e famosa. Infatti nel 1338 le riforme del conte di Donoratico, e l'aver chiamato nel 1339 il Bartolo, fece alzare ad un alto grado la scuola pisana.

---

(1) Sarti, *loc. cit.*

(2) È una vendita che fanno due tutori per un pupillo. *Arch. di Stato in Pisa. Diplom.* S. Marta 1307, 4 maggio.

(3) Anno 1314. Cronaca, etc. Cap. LVII, pag. 97.

Ed ora, sempre seguitando il nostro proposito, ci dobbiamo occupare di un'ultima ricerca che è, quanto altra mai, singolare ed importante. Quasi tutti i nostri storici la trasandano. Ma nel cercare i rapporti scientifici fra Pisa e Bologna, e nel toccare del risorgimento degli studi del diritto non è possibile farne di meno. Nella scuola dei glossatori fu noto, e stimato degnamente, e ivi adoperato il celebre manoscritto delle Pandette?

Qui si potrebbe fare una lunga citazione di scrittori, i quali non hanno veramente disciolta la questione, ma nelle loro istorie del manoscritto hanno prodotte speciose ipotesi, o rilevati avvenimenti importanti per la risoluzione del dubbio. Noi ci soffermiamo sopra alcuni argomenti soltanto.

Il Brencmann dopo aver citato le sentenze di moltissimi (1) si addice a quella della venuta del manoscritto in Amalfi, di cui alcun cittadino erudito si portò una volta in Costantinopoli. Da Amalfi forse un soldato lo portò via chiuso in una cassetta, per il peso stimandolo oro o argento. Da Pisa poi dicesi che in un tempo prossimo allo scoprimento fu portato a Bologna; quindi di nuovo a Pisa. Leopoldo Guadagni, uomo di singolare dottrina se mai ce ne furono, giudica verosimile che quell'esemplare delle Pandette da Costantinopoli fosse portato a Ravenna, quando vi governavano gli Esarchi (2). Anche Marquardo Frehero sospettò lo stesso. Il Guadagni aggiunge come cosa probabile questa, che dei manoscritti, da quell'esemplare derivati, si trasportassero a Bologna; e il libro stesso da Ravenna si recasse ad Amalfi o direttamente a Pisa. Non gli pare infatti disdicevole del tutto la presunzione che Bulgaro lo acquistasse e lo donasse poi alla città di Pisa, sua patria; sebbene ancor contrastata da chi lo dichiara d'origine bolognese (3). Il Savigny, immortale scrittore, e con esso il suo compendiatore Capei, avanti tutto avvertono essere oscu-

---

(1) HENR. BRENCMANN, *Hist. pand.* Cap. VIII. Traject. ad Rhen. 1722.

(2) *De flor. pand. exempl.*, Romae, 1752. Cap. VI, XIII. Dello stesso GUADAGNI *De flor. cod. omn. quae extant pand. exempl.* etc., Ienae 1755, con le osservazioni del Walch.

(3) GUADAGNI, *De flor. pand. exempl.* Cap. VI, XIII.

rissima la storia del testo delle Pandette nel medio evo. Quindi, ricercando autorità e testimonianze, giudica che veramente Irnerio conobbe tutte le parti delle Pandette; e che i glossatori conobbero il manoscritto di Pisa, e riguardarono quel testo come il più autentico, e più puro di ogni altro. Sono pure citate da lui molte varianti dei testi, le quali si dicono discusse da Irnerio da Martino e da Bulgaro, e si mostrano tolte dal libro pisano. Conchiude che i primi glossatori comparando la lettera pisana agli antichi manoscritti originali, formarono il testo bolognese per il quale scopo un gran numero di giureconsulti della scuola di Bologna fece frequenti viaggi a Pisa (1). È in ultimo da ricordare l'eruditissimo Mommsen; il quale in principio della egregia sua fatica sul testo delle Pandette, asserisce esservi stata questa conoscenza e quest'uso del manoscritto pisano nella stessa scuola d'Irnerio; anzi egli non dubita che Irnerio lo abbia adoperato, senza pur citarlo, nel commento che dice a proposito di un *non* aggiunto alla legge, *istud non, est additum a domino Justiniano;* quasi avesse Irnerio voluto dire che quel *non* lo avea preso dal manoscritto autentico cioè dal pisano; ciò che in appresso più minutamente osserveremo.

L'importante questione sull' uso del manoscritto pisano nella scuola di Bologna, è così posta; della quale principiando a trattare, noi diremo prima qualche cosa sul manoscritto considerato in se stesso, e specialmente noteremo che il fatto che il manoscritto sia stato, prima che a Pisa, a Ravenna o a Bologna, è ipotetico; le prove, e le più naturali induzioni non lo sostengono. Molti, è vero, si sono fermati a questo punto: ma sempre come ad una ipotesi: e questa ipotesi noi assolutamente rigettiamo con gli argomenti che seguono. Il manoscritto in discorso, benchè di grandissimo valore e degno di essere venerato come cosa sacra (2) pur tuttavia in moltissimi luoghi è imperfetto,

(1) SAVIGNY, *Storia*, Vol. II, cap. XXII, n. 171 e seg.

(2) BORGO DAL-BORGO, *Dissertaz. sopra i Cod. delle Pandette*, Lucca 1764. POLITIANUS, *Op.* Tom. I, Lib. 10, Ep. 4. AGOSTINI, *Emendat.* Lib. I. Nel *Breve pisani. Communis. Rubr. 64*, sono indicate le molte diligenze dei pisani per la custodia delle Pandette nella chiesa oggi detta di San Pierino.

erroneo, da varie mani emendato. Non è quindi da ammettere che in questa forma fosse dagli imperatori spedito nelle provincie come legge da obbedire e testo da copiare e divulgare (1). Dipoi le molte correzioni che ivi si trovano sui margini, appariscono come di varie mani, di età diverse, e opera di copisti e collazionatori greci; tutti fatti i quali provano che il manoscritto restò lungamente in Costantinopoli, e non fu mandato a Ravenna, nè dato per codice all'Esarca. Inoltre ciò resta vie più chiarito dalla osservazione che le correzioni suindicate non potevano farsi che per confronti con altri manoscritti intieri, e copie della stessa forma primitiva, le quali certo nella sola città di Costantinopoli potevano esser trovate.

Dimostrata inaccettabile è adunque l'ipotesi di questo manoscritto da Costantinopoli portato a Ravenna, in Ravenna copiato parte per parte, conosciuto poi, o esso, o una copia di esso, a Bologna, finalmente da Ravenna o da Bologna a Pisa trasferito. Ma non mancano eziandio le prove del fatto alle suddetta ipotesi contrario.

Invero non si mette omai in dubbio quello che il Savigny e il Capei accertano; cioè i manoscritti sui quali Irnerio e i primissimi glossatori lavorarono essere stati diversi dal manoscritto in questione, qualunque poi sia stata la loro origine (2). A prova di ciò, oltre il consenso di un gran numero di storici, perfetti investigatori di tali misteri, si deve recare il fatto della famosa e strana distinzione del *digestum vetus, infortiatum, novum,* e delle *tres partes* la quale è certamente più antica d'Irnerio; ma rimasta canone fondamentale del suo insegnamento e di tutta la sua scuola. Il che, notate bene, accadeva quando Irnerio mostrava una cura del tutto speciale di fissare i testi latini, di correggerne e appurarne la lezione, e di esporli con semplicità ed eleganza. Quindi è ben da credere che se Pepone o Irnerio avessero conosciuto o seguito il manoscritto pisano e la sua

(1) GUADAGNI, *De flor. pand. exempl.* Cap. V. SAVIGNY, *Storia.* Vol. II, cap. 28.

(2) Questo omai è dimostrato dal Savigny. Vedi anche CAPEI, Cap. XVII, pag. 154. Più in antico vedi STIEV, *De controvers. inter viros, etc. Grandum et Tanuccium, Lipsiae* : e SCHWARTZ, *An omnia pand. exempl. quae, etc. e Florent. manav.* Altorfii.

forma chiara, compiuta, e senza strano dividere, le dette barbare distinzioni non avrebbero avuto ragione di essere. Quella specialmente delle *tres partes*, per la quale si tronca in mezzo un argomento, un titolo, ed una legge non sarebbe stata possibile. Senza andare adunque in traccia di altri argomenti, per questo solo si può dire che il manoscritto pisano non fu a Ravenna o a Bologna, e che i primissimi glossatori non ne ebbero notizia.

Su questo proposito, per meglio dimostrare che i primi testi dei glossatori non ebbero che far nulla con quello pisano, è da aggiungere un altro fatto. Il quale è la prevalenza manifesta che in tutti i lavori dei primi glossatori ebbe il codice ed ebbero le novelle. I digesti (almeno sul principio della scuola) stettero per dir così, in seconda linea: e dei Digesti quella parte specialmente che si chiamò l'*infortiatum*. Invero un lavoro notevolissimo d'Irnerio fu stimato sempre quello delle *Autentiche*, le quali erano specialmente dirette alla pratica, come dirette alla pratica erano le sue opere di procedura e delle forme delle azioni; e nel libro delle *Dissensiones dominorum* si vede apertamente lo studio precipuo posto nel codice anzichè nei Digesti. Narra Odofredo che Rogerio fu il primo a chiosare l'*infortiatum;* il che vuol dire, per essere precisi, che fu il primo a lavorare intorno al medesimo con qualche larghezza e forse con un apparato. Le *somme* al codice furono più frequenti, e quasi non ci fu celebre e antico glossatore che non compilasse la sua (1). Non vogliamo attribuire a questa osservazione maggiore valore di quello che merita; ma non è giusto che si metta da parte. Essa poi ha la sua ragione apertissima in questo che la scuola di Bologna non ebbe certamente altro scopo che lo studio del diritto positivo imperiale; di cui parti principali sono le novelle e il codice. Leggi positive furono naturalmente stimate anco le Pandette; ma nell'ordine positivo il primo luogo spettò alle

(1) Le somme di tutto un titolo di gius servirono da principio per introduzione alle lezioni esegetiche: dipoi furono ridotte a libri. SAVIGNY, Vol. II, cap. 24. CAPEI, op. cit., cap. 24.

costituzioni. Da ciò la minor cura usata verso le Pandette nei primi tempi della scuola: in seguito questo fare della scuola mutò, come la glossa d'Accursio ne porge l' ampia prova.

Siffatte considerazioni di già ci mettono sulla via di conchiudere che il manoscritto pisano in quei primi tempi della scuola a Bologna non fu conosciuto; e che lo stesso Irnerio nulla ne seppe. Ma ora è mestieri discendere un po' più al particolare.

Ed avanti tutto notiamo essere lo stesso Mommsen che avverte la prima citazione del manoscritto pisano incontrarsi fra tutti i glossatori, in Ugolino (1). Anco il Savigny aveva fatto rilevare le varianti d'Ugolino dal detto manoscritto tolte (2). Peraltro non bisogna tacere che Ugolino fiorì dopo il 1200, quindi ad una notevole lontananza dai primi glossatori: il che ci riconduce a quello che abbiamo detto, cioè al fatto che il manoscritto pisano fosse sul principio della scuola ignorato: poco dopo cotesto principio soltanto conosciuto, ed anche allora non molto adoperato.

Il Savigny ci parla di una lezione del medesimo manoscritta approvata da Irnerio, come hanno detto i glossatori venuti dopo di lui (3). Vedremo poi in che consiste questa approvazione attribuita a Irnerio della lezione pisana. Intanto aggiungiamo dirsi dallo stesso scrittore che vi sono altre lezioni pisane confutate o riprovate; come quella della *leg. 19. De lib. et posth.* ove la volgata dice *in tertia parte*, mentre la pisana ha *in caetera parte;* e altre che si dicono approvate o rigettate da Martino; come nella *leg. 31. De servit. praed. rust.* dove l'*utrum* della volgata deve essere ammesso certamente. Nella *leg. 20. § 5. Qui testam.* la lettera pisana ha *posse* senza *non*, che qualche glossa dice aggiunto da Martino; nell'altra *De lib. et posth.* si dice pure che Martino scrisse *induxere* invece d'*induxit*, e così imitò

---

(1) *Praefatio*, Pag. XII, Not. 1. *Iustin. Dig. seu Pand. Recognovit Th. Mommsen*, Berol. 1870.

(2) Cap. XXII, n. 170, seg.

(3) Loc. cit.

il manoscritto pisano. Del resto è inutile il recare altri esempi; imperocchè chi ne volesse raccogliere, ne troverebbe moltissimi discorrendo la glossa d'Accursio, dove spesso le differenze delle lezioni sono mostrate. Qui dunque non cade la difficoltà: cade bensì dove si vuol sapere quando a correggere e costituire il testo bolognese si cominciò ad adoperare la lettera pisana, e se in principio essa fu nota alla scuola.

Nostra opinione di già esposta è che Irnerio non lo conoscesse affatto. E tre ragioni a noi rendono aperto e chiaro questo fatto, come tante volte abbiamo detto. L'una nasce dall'osservare che, conoscendo il manoscritto di Pisa, è impossibile mantenere la barbara divisione del digesto *vetus*, *infortiatum*, *novum* e delle *tres partes;* divisione, sulla quale tutta si fondò la scuola. L'altra ragione è che non rispondono le epoche; il ritrovamento del manoscritto essendo accaduto circa al 1137 ed essendone così stata sparsa la fama dopo la morte d'Irnerio. L'ultima consiste nel non potere ammettere che Irnerio conoscesse cotesto cimelio dell'antichità, ed egli ed i suoi primi scolari ne tacessero affatto, come di cosa di nessun momento.

Il Mommsen ha creduto di poter dire: *Ita non dubito quia ipse Irnerius respexerit librum pisanum ubi aït istud non, est additum a domino Justiniano* (1). Vediamo un po' più minutamente questo argomento. Nel titolo *Quod vi aut clam* (XLIII. 24) la legge quinta, che è di Ulpiano, contiene la regola: *Si quis se denuntiaverit opus facturum non semper non videtur clam fecisse si post denuntiationem fecerit.* Tale è il manoscritto fiorentino, come anche il Savigny ci ha mostrato nei documenti nella sua istoria. In nota poi l'eruditissimo Mommsen ci avverte che in un altro manoscritto si legge *non sempre videtur non clam fecisse;* e nel margine di mano antica è scritto Y. *Istud non est additum a domino Justiniano;* e di mano più recente *Istud non aditum est a domino* Y. Savigny pure *ex cod. Metensi* trae la lezione *non semper videtur non clam fecisse*, e la glossa ivi ag-

(1) Mommsen, *Op. cit.* Vol. II, 603, 33.

giunta *quidam dicunt hoc non, a Guarnerio additum.* Il Mommsen inoltre nella stessa nota seguita con queste parole: *apparet autem ex ipsius Yrnerii glossa dedisse eum* NON ALTERUM, *non conjectura, sed ex authentico* (1). Ora riflettendo su queste varie lezioni e note e asserzioni, quanta ne sia l'incertezza è facile a vedere. Infatti che Irnerio, illustrando la detta legge di un manoscritto errato, e componendo a poco a poco il testo della volgata, abbia sentito il bisogno di aggiungere quel *non*, si comprende: più fondata congettura non può desiderarsi. Ma appunto per questo non occorre d'immaginare un confronto col manoscritto pisano. E veramente se ciò fosse accaduto non un unico punto, e di così facile risoluzione, sarebbe stato quello paragonato e indicato, ma molti altri, trattandosi, come ognun sa, di un maestro che ebbe grandissima e continua cura di restaurare i testi mutilati ed alterati.

Un altro argomento a questo proposito ci pare rilevante assai. Il manoscritto antico, come sopra notammo, aveva *non semper videtur clam fecisse:* la correzione sostituì nella volgata *non semper videtur non clam fecisse;* aggiungendo il secondo *non.* Ora il manoscritto pisano ha veramente i due *non;* ma disposti in un modo diverso. Dice: *non semper non videtur clam fecisse.* Adunque se naturale è stato il mettere il secondo *non;* non si può dire per questo che Irnerio lo abbia tolto dal manoscritto pisano ove è collocato in altra guisa. Egli avrebbe scritto *non clam;* mentre il nostro manoscritto dice *non videtur.*

Risulta da ciò, se non erriamo, che in quello che fu detto manca bastevole valore critico per indurci a credere che Irnerio abbia veduto le pandette pisane o abbiane avuta conoscenza. Ma questo non è tutto. Vi è da fare qualche osservazione più speciale. Già celebre nel 1112 era Irnerio. Secondo le ricerche di Alberto Del Vecchio la sua vita scientifica non andò al di là del 1118 o del 1120 (2). Ebbene a quest'epoca per il giudizio quasi co-

---

(1) MOMMSEN, loc. cit. SAVIGNY, Vol. III, App. XV, n. 295.

(2) DEL-VECCHIO, *D'Irnerio e della sua scuola*, Pisa 1869. Le cose non mutano

mune degli storici, e per alcune avvertenze, le quali fra poco faremo, il manoscritto non era in Pisa; ove prima del 1135 o 1138 non fu portato. Forse si tornerà all'ipotesi di Ravenna e di Bologna, come città che lo hanno avuto avanti Pisa? Non è possibile; come già dicemmo.

Ed ecco che qui cade in acconcio di porre bene in chiaro l'epoca e il modo del ricevimento in Pisa del famoso codice, e di farne un poco di storia, come già fecero l'Agostini, il Budeo, il Poliziano, l'Alciato, il Mabillon, il Cujacio, il Torelli, il Gronovio, il Brencmann, il Guadagni, il Grandi, il Tanucci, il Dal Borgo, il Savigny, e recentemente il Mommsen.

Prima di tutto a spiegare le ragioni della sua celebrità ricordiamo che fin d'antico le città le quali lo custodirono, ne fecero oggetto di culto, come fosse una reliquia santa. I riti che si usavano allorquando veniva scoperto e mostrato a taluno furono, è vero, beffati dall'Alciato; ma non per questo non provano la venerazione che se ne aveva. Il Cujacio lo appellò *divinum munus*. Un antico poeta cantò: *Ultima non laus est pandectas si quis Hetruscas viderit* (1); ed oggi il Mommsen ha ben rilevato che dal secolo XI in poi tutta la storia letteraria del diritto romano non è che la storia di quel manoscritto; per mezzo del quale lo studio del giure fu molte volte ricondotto nel sentiero retto.

L'epoca in cui vennero scritti questi volumi generalmente si ritiene sia il secolo VI sul finire, o il VII sul cominciare, siccome dissero il Mabillon, il Noris, il Guadagni ed altri; deducendolo dalla forma dei caratteri e dalla ortografia che vi è usata. Come poi tutti sanno, a principio del primo volume, si legge un epigramma che il Poliziano ha chiamato *pulcherrimum*.

Lo voltarono in latino moltissimi; dei quali è da ricordare Scipione Gentile e l'Alciato. Noi riportiamo la versione, che è nell'opera di Guadagni (2).

---

anche ammettendo durasse la vita d'Irnerio alcuni anni di più. Vedi lo stesso DEL-VECCHIO, Art. sul Bethmann-Hollweg. *Archiv. giur.* XV, 1.

(1) È citato nel libro del Brencmann.

(2) *Ad graeca pandect.* Pag. 96, seg. Vedi anco POLITIANUS, Lib. XI. *Epist. ult. Miscell.* Cap. 41. BANDINI, *Ragionam. istor. sopra le collazioni delle Pandette*, Livorno, 1762.

Βίβλον Ἰουστινιανὸς ἄναξ τεχνήσατο τήνδε
ἥν ῥα Τριβωνιανὸς μεγαλῷ κάμε παμβασιλῆι
οἷά τις Ἡρακλῆι παναίολον ἀσπίδα τεύξας
ἧς ἔπι μαρμαίρουσιν ἀγάλματα πάντα θεμίστων,
ἄνθρωποι δ' Ἀσίης τε δορυκτήτου τε Λιβύσσης
Εὐρώπης τε πίθονται ὅλου σημάντορι κόσμου.

Librum Iustinianus imperator molitus est hunc
Quem utique Tribonianus magno laborans
Fecit Imperatori plenissima potestate praedito,
Tamquam aliquis Herculi omnino varium clypeum fabricatus,
In quo splendent formae omnes legum.
Homines vero Asiaeque, belloque receptae Libyae
Europaeque obediunt totius imperatori mundi.

Ora siffatto adulatorio discorso suppone quasi in ogni parola l'imperatore vivente; ed anco per questo che vi manca ogni indizio della morte avvenuta di Giustiniano; indizio che veramente non poteva mancare. Inoltre da considerare è il ricordo della conquista o della cessione della Libia, che fu proprio faccenda di Giustiniano (1). Finalmente l'*imperator* dell'ultimo verso senza dubbio è lo stesso *imperator* del primo; ed a riguardo di lui si dice *obediunt.* Non vi può essere adunque contrasto. L'epigramma è stato scritto mentre Giustiniano regnava. Ma questo non è tutto. Ammesso ciò, come veramente si deve ammettere, l'epigramma è originale nel manoscritto, ovvero copiato da altri manoscritti? Noi lo crediamo originale del libro nostro. Invero in quello, a dir così, ufficiale non possiamo mai supporre che si mettesse: vale a dire che i manoscritti ufficiali si cominciassero con un epigramma. Del quale anche la sola lettura persuade chiunque che Giustiniano e Triboniano non avrebbero in quella guisa parlato e, più ancora, verseggiato.

Per il tempo in cui s'incominciò questa famosa copia non

(1) Vedasi la *Leg. 1. Cod. De off. praef. praet. Afric. Novell.* XXXVI in fin.

vi è adunque più da discutere. Quanto al luogo, poichè anche di questo vien fatta ricerca, non è da accertare se in Costantinopoli o altra città dell'impero. Certamente non in Italia: il che viene dal fatto che i diversi copisti i quali accudirono all'opera e gli emendatori furono di nazione greca. Di più l'essere ivi delle leggi greche senza latino mostra chiaro, come dice il Grandi (1), che il libro fu compilato in Grecia e per i greci: al che, per abbondanza di prove, noi già aggiungemmo che se era facile in Costantinopoli, o altra città prossima, avere più testi da copiare o collazionare, in altri luoghi, e lontani, non lo era davvero. E questo confrontare o collazionare, di cui si vedono ben le prove, è singolarissimo e accresce il pregio del manoscritto. Alcuni di questi emendatori non furono che copisti; altri giureconsulti; alcuni se ne occuparono fino al libro XVIII; altri dei successivi; benchè le correzioni scemino assai andando verso il fine dell'opera. Alcuni finalmente sono più antichi, altri, secondo il parere del Mommsen, più recenti, e fino del secolo X o XI (2).

E come vi sia stato uopo di correggere è inutile il dire. Talora mancano nel manoscritto dei versi intieri; come nella *leg. 27 §. 4. De aur. arg. mund. legat.* e nella *leg. 7. De bonis damnat.;* al qual titolo anzi mancano quattro leggi che il Cujacio procurò di restituire, togliendole dal libro LX dei Basilici. Anco nell'altro titolo *de interdictis et relegatis* mancano due terze parti di una colonna, ed una colonna intiera, e il terzo di un' altra (3). Molte correzioni poi sono imperfette o inette. A modo d'esempio nella *leg. 16 § 2. Quod met. caus.* e nella parola *scelere* è stato posto un *b* fra *s* ed *e*. Nella *leg. 9 § 3. De Dolo malo* era *parescriptis verbis:* si corregge *per iscriptis*. Se non che di ciò a noi basta.

(1) È importantissima la Nota 27 del Grandi alla sua *Ep. de Pandectis ad clariss. vir. Ioseph. Averan.* Florentiae 1727. Nel codice pisano si trovano leggi solamente greche, che nella vulgata sono greche e latine, o solamente latine. *Leg. Semper.* § *Demonstrant.* Dig. *De jure imm.*

(2) MOMMSEN, *Ist. Dig. seu Pand. Praefatio*, pag. XXXVIII.

(3) FABROTUS, nel *Thesaur. juris* di Ottone, Tom. III, col. 1229. GUADAGNI, *De florent. pand. exempl.* Cap. VI.

Volgiamoci piuttosto a quello che ora c'importa, e che ci riconduce alla scuola di Bologna. Il manoscritto fu un archetipo per gli ufficii dell'imperatore? Venne giudicato tale a Bologna? Quando fu veramente dai glossatori conosciuto o adoperato?

Sulla prima questione è da dire subito che l'epigramma, la imperfezione del manoscritto, le lacune che ci sono, l'ortografia, le interpunzioni e la varietà degli emendatori, dai più accurati ai più inetti succedutisi per un tempo assai lungo, sono argomenti insuperabili per sostenere che è un lavoro privato, girato per moltissime mani. Il Poliziano lo esaltò come archetipo delle leggi, uscito dall'ufficio forse di Giustiniano o di Triboniano: ma tutti gli altri storici e critici in questo non hanno potuto consentire per veruna guisa: imperocchè nè esso è stato condotto secondo le prescrizioni giustinianee, nè presenta quella integrità che naturalmente avrebbe dovuto avere. Invece (lo ripetiamo coll'erudito Guadagni) invece vi si trovano ad ogni passo abbreviature, lacune, interpunzioni e correzioni. Non può essere pertanto che la copia di un archetipo, forse ordinata da un giureconsulto, incominciata a collazionare, venduta, tenuta da qualche libraio che vi aggiunse delle meschine correzioni, e finalmente la pose in commercio.

Come fosse portato in Pisa è oscuro, e lunghissime in proposito sono state le discussioni dei dotti. Noi seguitiamo volentieri la congettura del Grandi; la quale anzi crediamo di rendere più probabile. E innanzi tutto diciamo che sebbene il Troya e lo Sclopis (1) abbiano di recente rinnuovato il dubbio del ritrovamento delle Pandette in Amalfi, ciò non ostante non si può dar fede a questa favola. Al molto che fu scritto in proposito aggiungiamo qualche osservazione nostra. Per andar persuasi che nel saccheggio di Amalfi si facesse questo ritrovamento, e si salvasse premurosamente dai soldati vincitori il manoscritto, bisognerebbe pensare

(1) TROYA, *Stor'a d'Ital.* Vol. I, p. 5, § 288. Napoli, 1841. SCLOPIS *Storia della legis. ital.* Vol. I, Cap. 1. Torino 1863. La questione omai è vecchia; ma qui aggiungiamo che, nei tempi del Grandi, la trattò anche il SILBERADIUS, nell'opera HEINECCIO, *Hist.* § 337, 339.

che essi ne avessero conosciuta la importanza, e che immediatamente se ne prendesse quella cura superstiziosa che ne venne presa dipoi. Di ciò peraltro non vi è notizia di sorta, e fin dopo Burgundio non se ne sa nulla. Di più una pubblicazione di questi ultimi tempi sostiene che le Pandette non furono già prese in Amalfi, ma in Molfetta; che è delle Puglie. La simiglianza in latino dei due nomi produsse l'equivoco o la confusione la quale del resto era stata notata eziandio dal Brencmann, dal Grandi e dal Tanucci (1). Ora che anche questo serva moltissimo a togliere ogni valore storico a tale leggenda non vi è da dubitare. Anzi conviene soggiungere questo; che l'anonimo Molfettese e Biondo da Forlì e Francesco Lombardi nell'opuscolo citato, parlando a questo proposito di Molfetta, avvertono che anche ai loro tempi la cosa sapevasi e che la tradizione non era del luogo, ma nata e cresciuta fuori (2).

Il Grandi tanto di ciò fu convinto, che si spinse fino a ricercare come la leggenda nacque: ed in ciò fare avvertì ingegnosamente che allora era facile di confondere le famose costituzioni fridericiane di Melfi con le leggi romane dell'imperatore, e di reputare detto per queste ciò che per quelle soltanto era stato detto: di qui la confusione. Tutto del resto si può immaginare, seguita il Grandi, meno che, essendo Amalfi andata a saccomanno per opera dei soldati, uno di questi, invece di oro, argento, o altra preda proficua, portasse seco due volumi manoscritti, che senza dubbio leggere non sapeva. A noi sembra inoltre di ragionevole discorso questo, che in quei tempi in Pisa e in altri luoghi d'Italia nulla si menava buono e si aveva per autorevole che non fosse o preso in guerra, o ricevuto dal Papa, o sanzionato dall'imperatore. Quindi sul primo si tacque di quei volumi in qualunque modo recati in Pisa; in appresso, vale a dire quando più che stimati furono venerati, allora, come accade delle cose più sacre, s'inventarono sul loro scoprimento i

(1) Tanucci, *Difesa seconda dell'uso antico delle Pan.* Pag. 56, Firenze 1729. Vedi anche Berriat Saint-Prix, *Histoire du dr. rom.*, Paris 1821.

(2) De-Luca di Melpignano, *Le Pandette pisane tolte a Molfetta il 1137.* Opusc., Bari 1886.

miracoli, si dichiarò di averli per diritto di conquista, e perfino si sognò un decreto dell'imperatore Lotario.

Di questa leggenda noi prendiamo una cosa sola: cioè l'epoca del 1137, 1138 o anni prossimi: imperocchè tra il fatto e la leggenda acconciata al medesimo grande differenza di tempo non ci può essere, e le epoche debbono corrispondere; altrimenti la leggenda non sarebbe nata. Ora quali sono i fatti di cotesta epoca, accaduti in Pisa, i quali valgono a sostenere una ragionevole congettura? Sono quelli già dal Grandi indicati: il viaggiare frequente di Burgundio, dotto in giurisprudenza e in cose greche, da Pisa a Costantinopoli: il suo dimorare lungo in questa città; l'amore che dimostrò di porre nella ricerca dei manoscritti, dei quali ne raccolse parecchi; la molta cura dei pisani nello studiare le leggi romane. Avanti il Grandi lo avevano detto il Tuano, e il Merula; ma al Tuano aveva risposto il Brencmann per confutarlo, ed aveva eziandio aggiunto che egli confondeva il luogo ove il manoscritto fu fatto con quello ove fu ritrovato (1). Noi torniamo con molta fede a questa presunzione storica; e in quella ci confermano altri fatti.

Il manoscritto, omai lo sappiamo, mostra di essere stato un libro privato, e certamente, come provano le sue imperfezioni, non tenuto in gran conto in un paese dove come leggi valevano i Basilici: quindi facile ad essere ritrovato acquistato e portato via dal mercante o inviato politico pisano, conoscitore del suo valore. E fu appunto nell'anno 1137, stile pisano, che Burgundio fece un viaggio a Costantinopoli (2). Egli poi fu il primo che del libro si occupò: e questo fatto ci sembra assai notevole, specialmente se si pone accanto all'altro già da noi accennato; che è quello di Burgundio che cercò, studiò, prese e tradusse in latino dal greco molti libri; e ciò nei suoi viaggi a Costantinopoli. Questa

(1) IACOB. AUG. THUANUS, *De vita sua* Lib. I. PAUL MERULA, *Cosmograph.* Par. II. Lib. 4. Bartolo disse pure: *semper enim fuit totum volumen pandectarum Pisis et, adhuc est.* Nel comm. al tit. Dig. *Soluto matrimonio.*

(2) Circa a questo tempo la repubblica Pisana mandò ambasciatori a Giovanni Comneno. Sui frequenti viaggi di Burgundio: TRONCI, *Annali* pag. 21. GRANDI, *Epist. de Pand.* n. 19. TEMPESTI, *Discorsi accad.*, Pisa 1787.

fu sua costante abitudine. (1). Nulla di più probabile adunque che egli, giureconsulto, avvocato e *magister*, avendo scoperto nella detta città, ove certamente fu prima di esser portato a Pisa, quel monoscritto, se ne invogliasse, lo acquistasse dal privato o dal libraio, lo portasse in patria, ove le leggi romane erano molto studiate, ed ove era di già arrivata la fama grande d'Irnerio, e facesse le versioni delle formule e delle parole greche (2).

Così lo stesso Burgundio si adoperò in altra occasione; nella quale, vedendo in Costantinopoli un'opera manoscritta del Crisostomo, stabilì di voltarla nell'idioma latino: *Cum Costantinopoli pro negotiis publicis patriae meae a civibus meis ad imperatorem Manuelem missus, legati munere fungerer, et quemdam filium meum Hugolinum nomine quem mecum adduxi, morbo correptum amiserim, pro redemptione animae ejus explanationem S. Io. Evangelistae Evangelii a B. Joanne Chrysostomo Constantinopoleos Patriarcha mirabilem editam de graeco in latinum statui convertere sermonem* (3). E questo è pur da rilevare che nel proemio di tale traduzione si duole di non potere trasportare in Pisa, sua patria, l'esemplare del Crisostomo, e di doverlo cercare e studiare faticosamente portandosi in due monasteri.

L'opinione dell'esser venute le pandette direttamente da Costantinopoli in Pisa, non è nuova. Noi abbiamo citato il Tuano e il Bolognino che questo parere manifestarono; e il secondo di questi nei suoi primi tempi. Ma altri ancora si potrebbero citare; in guisa da poter dire francamente che appresso alla singolare tradizione di Amalfi vi è sempre stato il giusto sospetto delle pandette prese dai pisani a Costantinopoli. Il Roncioni infatti, storico pisano, dice così: « *E come vogliono alcuni, di questo luogo i pisani ebbero il volume detto le pandette; il quale dai fiorentini fu trasportato nella città loro, dove si conserva con grandissima diligenza: ma altri dicono che l'avessero di Costantinopoli* (4).

(1) TIRABOSCHI, *Storia*, Tomo III, pag. 201. *Memorie degli illustri pis.* Vol. I.

(2) GRANDI, *loc. cit.* e note.

(3) *Esposizione del Vangelo di S. Giov. Prolog.* MARTENE, *Collectio Vet. monum.* Vol. I, pag. 823.

(4) RONCIONI, *Ist. pis.* Lib. V. Anno 1136. *Archiv. stor. ital.* Vol. 1, Firenze 1884.

Avvi adunque quanto basta a render probabile la congettura nostra; la quale è che Burgundio, il primo lavoratore sul manoscritto pisano, fu eziandio quello che lo recò nella patria sua. Dove, come è noto, stette veneratissimo, custodito dai monaci nella chiesa di san Pietro *extra moenia*, oggi detta san Pierino, fino al 1406 epoca della occupazione di Pisa per parte dei fiorentini.

Fu certamente dopo quest'epoca che pervenne in Bologna la notizia di questo manoscritto: vale a dire verso il 1140, allorquando Irnerio era già morto, e Burgundio era in molta reputazione a Pisa, e Bulgaro maestro di diritto a Bologna, dove morì, come portano le cronache, nel 1166 (1). Siamo, come altra volta asseverammo, siamo costretti ad ammettere questi fatti dalla stessa tradizione che porta essere stato Bulgaro autore della versione dei passi greci delle pandette in latino. La qual tradizione non è vera nella realtà del fatto: ma intanto ci accerta essere voce comune che Bulgaro conoscesse il manoscritto. Vero è che non se ne fece gran caso sul principio; sia perchè si rispettarono i testi riconosciuti da Irnerio, e le loro distinzioni, omai introdotte nella scuola: sia perchè il principale lavoro dei glossatori non fu quello di riordinare tutte le pandette, ma quello unico di ammettere o non ammettere alcune parole in una legge o nell'altra. Del resto sembra che il primo a citare le pandette pisane apertamente (vale a dire senza citazioni prese dal manoscritto, pur tacendolo; come alcuno crede che per i più antichi accadesse) sia stato fra i glossatori Ugolino bolognese, vivente nel 1200. Egli infatti, a testimonianza del Savigny, compilò un apparato sul *Dig. nov.* stimato il migliore degli altri, e prezioso per la critica dei testi, in quanto vi si propongono molte varianti; alcune delle quali sono del manoscritto di Pisa (2). In tal guisa lavoravasi a costituire la vulgata; ed in tal modo a sviluppare uno

---

(1) *Memor. degli ill. pis.* Vol. I. Anche il Grandi si fermò sul pensiero che Bulgaro procurasse di avere la traduzione dei passi greci da Burgundio *concivi suo*. Così nella Nota 27. *Epist. de Pand.*

(2) Savigny, *Op. cit.* Vol. II, Par. 2.

dei rapporti più notevoli fra la scuola di Bologna e quella di Pisa.

Ed ora eccoci a trattare della seconda delle dimande che ci facemmo. I glossatori, almeno nei primi tempi, come giudicarono o quale opinione ebbero del manoscritto?

Non si può rispondere pienamente senza toccare, in primo luogo, l'antica controversia se dal manoscritto nostro derivassero tutti quelli di Bologna. Il Guadagni, discusse le opinioni di moltissimi, lo ammette: lo nega il Savigny: il Mommsen viene ad un risultato singolare. Egli dice che i codici bolognesi ebbero un esemplare comune, il quale per altro non fu il fiorentino. Invero le solite divisioni di quelli, e i nomi, non convengono affatto con questo; e nemmeno con le pagine intiere, o con i quinterni, da poter credere che fosse copiato porzione per porzione, e a tratti. Tale argomento è molto lucido e inoppugnabile. Dove la storia comincia ad essere oscura è nella seconda parte del ragionamento dell'illustre scrittore; il quale seguita a dire che peraltro il codice unico onde vennero quelli bolognesi, o per il quale alcuni di essi furono variamente corretti, si copiò dal fiorentino; che se non padre può dirsene avo. È da leggere con cura il capitolo della prefazione Monseniana, esempio di finissima critica, che ha per rubrica: *Bononiensum princeps ex florentino descriptus* dove leggonsi queste parole: *Probant hoc primum quaecumque in Digestis tradita habemus praeter Florentinum librum etiam ab aliis Florentino auctoritate paribus; scilicet et titulus finium regundorum qualem exhibet corpus gromaticorum et laciniae Neapolitanae. Nam quaecumque veri hi testes in Florentina lectione emendant, in iis codicis Secundi propago cospirat cum Florentina. Deinde hiatus majores libri Florentini, neque in Vetere, neque in Infortiato, neque in Novo ab aliis libris explentur...... In Infortiato Novoque etiam graviores et evidentiores errores, quorum originem...... non explices nisi ut hoc sumas, codicis secundi scriptorem ante oculos habuisse ipsum Florentinum.........* In appresso il Mommsen aggiunge che la lezione del libro principe dei Bolognesi si corruppe grandemente nelle copie successive; ma si conservarono molti luoghi e molti segni

dell'archetipo già copiato; e questi talora o da Irnerio o da altri furono notati in margine del proprio esemplare. L'archetipo fu anche smarrito nel corso dei tempi; onde si vede di nuovo la grandissima importanza del manoscritto pisano dal quale il detto archetipo per l'opinione del Mommsen, e tante utili correzioni in appresso derivarono (1).

Un'altra osservazione, la quale da tutti i critici dei testi è stata fatta, trova qui il suo luogo. Sembra che il rilegatore dei libri del pisano riunisse a casaccio le ultime carte del secondo volume; per la qual cosa di cinque ultime carte la prima, seconda, e quinta stanno al loro posto; ma la quarta viene prima della terza. In questa l'ultima legge è quella *Non potest De reg. jur.* e le ultime parole sono: *non potest dolo carere qui imperio magistratus non......* Mentre la quarta carta comincia con una legge intiera. Invece la quinta carta comincia colla parola *paruit;* e la terza finisce con una legge intiera. Occorre adunque che la terza diventi quarta, e questa sia posta al luogo della terza, ed allora tutto torna bene. Il Torelli accortosi di questa trasposizione, ne scrisse al figlio Francesco. In appresso si notò da molti; i quali pure avvertirono che tale trasposizione si riscontra in tutti i manoscritti, o libri pubblicati prima della osservazione stessa (2). Nelle edizioni vulgate si supplì alla legge che è l'ultima della terza carta, e resta interrotta, nel seguente modo: *qui imperio magistratus non obtemperat.* Un altro errore, passato dal libro Fiorentino in tutti gli altri, notò l'Agostino: ed è questo. Nel libro XXXVII delle pandette dopo il titolo *de dotis collatione* il libraio collocò quello *de ventre in poss. mittendo* e dipoi l'altro *De conjungendis cum emancipato liberis ejus;* mentre questo dovea essere il secondo. Il che apparisce non solo da una dichiarazione in greco che ivi si legge, ma anche dal metodo dell' editto perpetuo. Ebbene questo disordine restò nelle edizioni delle pandette fino ai tempi di Agostino, come il Guadagni puntualmente dichiara. Il quale Guadagni anche altri punti si-

(1) Mommsen, *Op. cit. praef.* pag. LXV, LXX.
(2) Guadagni, Cap. VIII, pag. 51.

mili pone sott'occhio ed altri errori copiati; per la qual cosa egli conchiude doversi ritenere che tutti i manoscritti in sostanza dal fiorentino siano una volta derivati.

Noi con molto rispetto ed anche con molto timore ci proviamo a dire che l'opinione del Mommsen, alla pari di quella vecchia del Poliziano e del Guadagni, è contrastata da più ragioni. Una è questa: l'ipotesi della copia tratta dal fiorentino è troppo difficile ad ammettersi; comecchè ripugni il pensare che in Costantinopoli, o in altra città importante dell'impero greco, siasi preso a copiare integralmente un manoscritto imperfetto, e sottoposto a continue correzioni, come quello pisano. Esso certamente fu la copia di qualche buono esemplare: come, se vi fosse stato quel secondo codice bolognese, esso pure si dovrebbe presumere copia di un esemplare valido e riconosciuto, non già del pisano. Di più dove s'immaginerebbe eseguita cotesta copia? Certamente dove il manoscritto in discorso era unico: quindi non in Costantinopoli, o altra città importante dell'impero. Ora noi siamo fermissimi nel credere che esso venisse in Pisa da Costantinopoli direttamente. Un'altra ragione è la solita; ma sempre più acconcia. I manoscritti primi bolognesi rispondono alle famose e strane divisioni che noi sappiamo; certo più antiche dello stesso Irnerio. Ora, tanto volendo la loro derivazione dallo stesso manoscritto pisano, quanto da una copia intera e precisa del medesimo, s'incontra lo stesso ostacolo di manoscritti e di divisioni foggiate in guisa che escludono affatto la primitiva conoscenza di quegli esemplari. Finalmente vi è anco questo da osservare: si possono spiegare le somiglianze ma le differenze è impossibile senza ammettere una fonte diversa. Inoltre quanto alle somiglianze che fermano la mente del critico, possono essere state, secondo l'opinione di Donato Antonio d'Asti, tutte posteriori alla conoscenza ed all'uso del manoscritto pisano. Certo, che i primi testi della scuola bolognese fossero assolutamente imperfetti, non è da dubitare. La distinzione del vecchio, del nuovo, e dell'inforziato ne è una prova luminosa. Imperfetti, si vollero emendare e riordinare. E questa è una grande ragione delle somi-

glianze avvertite. Infatti è saputo da tutti che a molte correzioni servì, appena fu conosciuto, il manoscritto di Pisa; a consultare il quale dipoi presero il costume di venire gli stessi glossatori nei casi di dubbio. Esempi diversi si potrebbero dare di ciò, dopo i lavori del Brencmann, del Poliziano, del Guadagni e del Mommsen. Basti questo: si è detto che nei manoscritti bolognesi si trovano delle trasposizioni, le quali non intendonsi, se non si ricorre al fiorentino; dove si vede essere in principio state omesse alcune parole, che il correttore aggiunse dopo, ma fuor di luogo. (Dig. XXIII. 3. 10 e XXVII. 7. 1.). Adunque l'origine (si conchiude) è la stessa. In verità non ne viene siffatta conchiusione, se, considerati gli ostacoli i quali si opposero fino d'antico a questo argomento, si aggiunge eziandio l'osservazione che l'errore del manoscritto pisano può avere avuto causa da un altro manoscritto, col quale si andava confrontando; e questo sbagliato manoscritto, od altro simigliante, può essere stato il modello di quelli bolognesi. Del resto l'opinione prevalente, come già dicemmo, è quella che tuttociò riguardi i tempi posteriori, nei quali la scuola di Bologna usò del manoscritto pisano.

In tal modo torniamo al punto proposto. Qual giudizio i glossatori ne fecero? Poco tempo abbiamo per tale questione: ma diremo che la scuola di Bologna appena, dopo Irnerio, prese conoscenza del manoscritto, lo tenne in un pregio particolare; lo designò, sembra, con un nome speciale; non sognò fosse un archetipo dei tempi di Triboniano; lo adoperò sempre più, coll'andar del tempo, da Ugolino in poi.

E prima di tutto è da osservare questo, che non può dirsi essere mai stata nella scuola di Bologna l'idea del codice archetipo. I glossatori, dopo Irnerio, conobbero il manoscritto di Pisa, e lo riguardarono come il più puro di ogni altro, al quale conveniva di ricorrere in ogni caso di lezione incerta o inintelligibile. Vero è che si legge nelle glosse e nelle varianti spesso *ex authenticis pandectis:* ma con ciò non altro si è voluto significare che l'autorità di quel manoscritto. La parola autentico ha il valore di *autorizabilis* o autore-

vole, come disse Giovanni Bassiano (1). Ed avvi una circostanza singolare che ci conferma nel concetto ora esposto; ed è quella di avere specialmente applicate al manoscritto pisano le parole *Pandectae* e *Pandecta* per distinguerlo dagli altri manoscritti (2). Certo il nome di Pandette si trova comunemente usato anche avanti questo tempo per citazioni; come ne porge esempio l'epistola 140 di Pietro Blesense (3); ma questa applicazione speciale venne fatta dai glossatori; i quali appellarono esclusivamente Pandette il manoscritto di cui noi parliamo; e Digesti tutti gli altri; sebbene in seguito, e ai giorni d'Odofredo, rimasto il nome esclusivo del primo, si usassero generalmente per gli altri ambedue i nomi. E se ne intende la ragione; la quale è la integrità del codice di Pisa, in paragone degli altri ricevuti nella scuola. Il Savigny stesso ha rilevato il fatto, e ne ha offerte delle prove; che potrebbero essere aumentate quanto si vuole (4). Qui basti avvertire il passo di Rofredo che disse: *elegans pisanorum civitas, Pandectarum juris fidelissima gubernatrix* (5), ed in seguito l'uso costante di Bartolo e Baldo che chiamarono sempre quel codice *liber pandectarum* (6).

È poi ben noto quanto in specie giovasse il manoscritto di cui si tratta a conservare ed eziandio a correggere le iscrizioni delle leggi; iscrizioni che si andavano perdendo o confondendo. Fu notato da moltissimi anco questo. Nelle pandette vulgate il nome proprio del giureconsulto talora si trova errato: per esempio alla *Lex. ult. De in int. restit.* si vede preposto *Marcellus* invece di *Macer:* ad altra *Marcellus* invece di *Marcianus:* ad altra ancora invece di *Te-*

---

(1) Bassiano o Bosiano, discepolo di Bulgaro. È sua una somma delle autentiche stampata poi nel 1615 a Francoforte, e un altro libro intitolato « L'Albero delle Azioni. »

(2) SAVIGNY, Storia. Vol. II, Cap. XXII, n. 163.

(3) Viveva nel 1165. *Vides quam....... pelagus sit Pandecta in qua civile jus continetur.*

(4) SAVIGY, *loc. cit.* Note.

(5) *Ordo judiciorum Pars I. De action. edend.* Odofredo ad leg. *In rem actio.* De rei vindicat. DIPLOVATACCIO, cit. da Savigny. BALDO *In Dig. Vet.* Leg. 7, *De distract.*

(6) SAVIGNY, *loc. cit.* Un altro esemplare trovasi in VAN-ECK, *Princ. juris civ. Ad tit. De orig. jur.* n. 16.

rentius Clemens libro secundo ad leg. Iul. et Papiam solamente *Herennius;* e in molti altri casi posto Paolo invece di Ulpiano, e Gaio invece di Paolo (1). Non occorre più oltre abbondare di esempi. Da ricordare è soltanto il fatto che la tendenza dei copisti e raccoglitori (anco i Basilici ce ne ammoniscono) era evidentemente quella di rendere semplice la riproduzione dei digesti, e di ridurre il gius romano alle semplici massime. Quindi coteste prime copie le quali non furono che copie private (come private e per conto proprio le ebbero poi Pileo, Azone e molti altri) riportano di sovente il nome solo del giureconsulto, senza il titolo del suo trattato giuridico: e ciò avviene più specialmente nell'inforziato e nel digesto novo. Ora si deve al manoscritto pisano l'avere rimediato a questo gravissimo danno. E già l'Agostini e il Poliziano hanno mostrato l'alta importanza delle iscrizioni emendate (2). E non è molto tempo che per queste si potè vedere lo stupendo tentativo del Bluhme di descrivere l'ordine dei frammenti testuali.

Impossibili ad essere narrati tutti gli effetti della conoscenza del manoscritto nella scuola di Bologna, dove a poco a poco, dopo Ugolino, si procurò di vederlo e di ricorrere alla sua lettera per la risoluzione di dubbi e di controversie. Le glosse dei secoli XII e XIII lo dimostrano apertamente; nelle quali di frequente si cita la lezione pisana, o la *lettera*, come ama di dire Accursio. Odofredo *ad legem In rem actio Dig. De rei vindicat.* commenta: *Unde si videatis Pandectam, quae est Pisis, quae pandecta, quando constitutiones fuerunt factae, fuit deportata de Costantinopoli Pisis, est de mala littera* (3). Dal secolo XIV in poi, e dopo Bartolo e dopo Bolognini professore a Bologna, si giunse fino ad esagerare le lodi del nostro manoscritto; e le infinite citazioni,

(1) AUGUSTINUS, *Emendat.* Lib. I, cap. 3. BRENCMANN, *Histor. pand.* pag. 283. GUADAGNI, *De florent. pand. exempl.* Cap. XVI.

(2) AUGUSTINUS, *Emendat et opin.* I. 1 e III, 3. BRUGI, *I fasti aurei del dir. rom.* pag. 176, Pisa 1879. BRUGI, *Notizia di un elenco dei giurecons. class. in un ant. ms.,* Padova 1887. Pag. 12, 13. È da paragonare questo indice con quello delle Pandette fiorentine.

(3) ODOFREDO, *In leg. In rem actio.* De rei vindicat.

e i passi di tanti scrittori, nel Brencmann, ne sono una prova pienissima.

Dai quali tempi risalendo ad altri più antichi, sempre secondo il nostro argomento ci conduce, pare utile di fermarci un momento sull'antica distinzione di una *littera vetus* e di una *littera* da questa diversa.

La distinzione che dicemmo è fatta dalle parole stesse dei glossatori. Si trova in Accursio largamente; dove si parla spesso di una *littera vetus* e di una *communis*. Si trova nelle *Dissensiones dominorum*. Si trova in Odofredo. Ed ora cos' è questa *littera antiqua* o *communis?* È la lezione accettata nelle scuole. Si oppone forse e assolutamente, come ha detto il Savigny, alla lezione pisana? No certamente: anzi questo non ci sembra il concetto storico della distinzione; in quanto che nella *littera communis* entrarono molte e molte correzioni accettate del manoscritto pisano. Non tutte le varianti peraltro vennero accolte; infatti dove l'errore del manoscritto pisano riusciva evidente, si manteneva la *lectio antiqua:* la quale adunque risultò indubitatamente da antichi manoscritti, posseduti in Bologna prima che fosse conosciuto il manoscritto pisano; e dalla critica che se ne fece, confrontando i manoscritti conosciuti nella scuola dei glossatori dopo Irnerio (1). Allora è fama che essi facessero frequenti viaggi a Pisa per appurare un testo imbrogliato ed oscuro.

Del resto a provare come si tenesse conto, nel costituire i libri bolognesi, della lezione pisana, sono due fatti omai cogniti. L'uno riguarda la fama di Vacario, giurista italiano, che andò a fondare una scuola a Oxford circa alla metà del secolo XII e scrisse un libro di diritto *pauperibus praesertim destinato*, consistente in un estratto in nove libri dei digesti e del codice (2). Varie glosse lo circondano che per lo più sono passi di altre fonti del gius romano, non

(1) Savigny, III, n. 108. Rivier, *Introd. hist. au dr. rom.* Bruxelles, 1881, n. 188.

(2) Savigny e Capei, Op. cit. Venck, *Magister Vacarius*. Lipsiae 1820. Vedi le aggiunte che sono state fatte all'opera dopo questa edizione, citate anche dal Savigny, e le notizie su maestro Vacario, date dal Tanucci: *Difesa seconda dell'uso ant. delle pand.* Fir. 1729. Lib. I, cap. 11.

escluse le Novelle. Egli si deve ritenere che fosse alla scuola di Bologna ad ascoltare i successori d'Irnerio, e quindi per la sua qualità di *magister* mandato dal Pontefice in Inghilterra a conoscere di gravi questioni nate fra alcuni vescovi. Ora noi dobbiamo notare che fra quelle glosse aggiunte al suo libro ve ne sono delle anonime, dove si citano Placentino e Giovanni, ed espressamente è detto: *Bononienses legunt secundum literam Bononiensem.* In cinque frammenti poi è citata la *littera pisana;* e si esprime in tre la differenza fra la pisana e la bolognese (1). Ecco che di qui derivano due conseguenze, che sono: la evidente antichità della lettera bolognese, riconosciuta per se stessa, e la probabilità che appunto verso la fine del secolo XII si facesse frequente l'uso del manoscritto pisano e quasi di regola nella scuola bolognese; vale a dire dopo Bulgaro e Burgundio.

L'altro fatto, pure ormai constatato e che compie la prova nostra, è quello dei manoscritti di testi e di glosse, specialmente alla metà e fine del secolo XII ridetto, e dopo ancora, dove in margine si veggono spesso le varianti pisane, significate colle lettere *p. py. pisis*, *pisana litera*, *ex aut. pand.*; così stando la scrittura, come in un documento pubblicato dal Fabroni, del 1316, si trova scritto *in Ytalia* (152). Si rilevano specialmente a questo proposito le glosse di Ugolino; il quale certo viveva nel 1220 e non morì prima del 1234. Le sue glosse hanno la foggia di un vero e proprio apparato e portano amplissimi ricordi del testo pisano, specialmente nel digesto nuovo. Così andavasi formando un testo unico e comune dalla scuola di Bologna coll'aiuto potente di quello pisano: pur notando che dove le varianti di questo non erano accolte, e forse si enunciavano per smania d'erudizione, indicavansi nel margine. E dissi avvertitamente per smania d'erudizione, tirato a ciò dalla singolare notizia che ci porge il Savigny, delle citazioni pisane in gran copia falsificate (2): ciò che ci fa credere che fosse omai diven-

(1) Savigny, *loc. cit.*
(2) Savigny, Cap. XXII.

tato di regola il consultare il manoscritto pisano, e che bene o male si volesse parere di averlo fatto.

In tal guisa ci sembra riuscire sempre più chiaro il concetto storico della *littera vetus;* della quale fu elemento il manoscritto pisano; siccome risulta da ciò che fin qui noi abbiamo detto, e da molte cose indicate dagli storici. Fra le altre da questa singolarissima, di cui pure noi abbiamo dato cenno, che cioè l'ultimo titolo delle pandette fu preso di pianta dal manoscritto pisano col disordine delle sue carte (1). E ciò naturalmente; in quanto che è facile il presumere, come disse il Grandi avanti il Savigny, che i manoscritti bolognesi pieni di errori e d'imperfezioni dovunque, lo fossero maggiormente negli ultimi fogli, e che perciò si sentisse il bisogno di provvedere in qualsiasi modo, e di copiare il manoscritto come si trovava.

Non ci siamo pertanto ingannati quando abbiamo scritto, in principio di questo lavoro, che Pisa ebbe notevole parte nello svolgersi e nel fiorire della scuola bolognese; essa che dopo aver somministrato e insegnanti e scolari e tradizioni, eziandio concorse nel costituire la vulgata col suo manoscritto, come vi concorsero gli altri manoscritti, e forse più. Ho detto Pisa, e non scuola pisana, perchè in verità scuola pisana in questi tempi non ci fu. Singolarissima cosa. Pisa col suo venerato manoscritto, dopo Burgundio e Bandino e il Da-Fagiano, e pochissimi altri, non fece quasi nulla: lasciò fare tutto ai bolognesi. E il pregio di quel codice certo non le era ignoto: imperocchè abbiamo perfino nelle pubbliche ordinanze la descrizione delle cure e straordinari atti di rispetto dei quali più volte abbiamo fatte cenno (2).

E qui il nostro compito o argomento è finito. Avremmo voluto per giovare al medesimo fare un cenno dello stato attuale del manoscritto, conservato nella laurenziana di Firenze. Il Mommsen proemiando alla pubblicazione del

---

(1) GUADAGNI, *De flor. pand.* Cap. XVI. SAVIGNY, Cap. XXII, n. 178.

(2) BORGO DAL BORGO, *Sulla istoria dei Cod. pis. delle pand.*, Lucca 1764. Vedi anche BERRIAT SAINT-PRIX, *Histoire*, Paris 1821. Sect. IV, cap. 3. ROBY, *Introd. allo studio del Dig.* Traduz. dall'inglese di Pacchioni con prefaz. del Cogliolo, Firenze, 1887.

medesimo, e illustrandolo con magnifica dottrina, lo ha minutamente descritto; noi non ne diamo che un piccolissimo saggio.

Tenuti con ogni cura (ma senza l'antica superstizione pisana e fiorentina) nella libreria laurenziana di Firenze, son due volumi grossi che lo compongono. Chiudesi il primo col libro XXVIIII. Comincia il secondo col libro XXX e si compie col L. Una volta furono coperti di pelle con borchie, e con fibbie. Oggi sono coperti di velluto cremisi, con carte dorate sul taglio, e due fermagli di argento per volume. Una cassetta di noce con cristallo contiene il primo che si mostra aperto: il secondo, in una custodia di cartone, è tenuto nella sua stanza dal bibliotecario. Quello è di carte 448; le prime 20 rattoppate in diversi posti; la 6 mancante di un pezzo nel margine superiore esterno, forse tagliato quando si tosarono i margini per dar l'oro alla superficie che presentano le carte serrate; di che veggonsi i segni anco nelle pagine ove sono le *leg. 19. De aedil. edict.* e *104 § 1. De legat 1.* Due cose sono notevoli; la enumerazione delle pagine dell'uno e dell'altro volume *in lapis;* ciò che non può essere stato fatto che recentemente: e le sette prime pagine del secondo volume che indubbiamente sono di mano e di pergamena più moderna di quelle delle altre pagine.

Nel foglio 2 del primo volume si vede il noto epigramma, e nel 19 dopo la costituzione greca, l'indice o la lista dei giureconsulti. Essa è di 38 e indica eziandio i Trattati; ma non è accurata; comprende perfino dei libri che non dettero alcun frammento, e dimentica altri dai quali i frammenti si tolsero.

Ogni pagina si divide in due colonne di quarantacinque versi; ognun di questi, generalmente, di trenta lettere. Le rubriche dei libri sono di capitale romana, mescolata con alcune onciali; quelle dei titoli, di capitale rustica mescolata parimente di onciale; il testo, di scrittura mista, continua, alquanto quadrata. Si nota la forma particolare della *s* della *r* e della *t.* Le lettere sono talora scolorite, consunte, o *fugientes ob vetustatem*, come disse l'Agostini, ma per lo più ben conservate. Il numero dei libri e dei titoli

è espresso con lettere; le leggi ed i paragrafi non hanno numero. Si distingue l'una dall'altra ciascuna legge per mezzo della iscrizione; nella quale il libro da cui è tolto il frammento viene con lettere del pari significato. Le parole non sono fra loro separate; per la qual cosa riescono alla lettura difficilissime. Il numero dei versi di ambedue i volumi non risponde a quello vantato da Giustiniano; e per questo, e per quello che riguarda le interpunzioni, le sigle, le abbreviature, già negate dal Poliziano, e vedute dall'Agostini, dal Brencmann e dal Guadagni, fu giustamente detto che il manoscritto è certo di veneranda antichità, e dei più preziosi che siano al mondo, ma non una delle prime copie diffuse da Giustiniano, o quell'archetipo che il Poliziano suppose.

È notevole cosa anco questa, che la scrittura si palesa chiaramente essere di diverse mani; onde è stato supposto ragionevolmente che a più scrivani sia stato dato l'ordine di copiare, e che in diversi tempi sia stato copiato il manoscritto principale, dal quale derivò quello di cui si parla. Il numero dei fogli è di 906, dei quali 441 appartengono al primo volume; 365 al secondo; uno è perito. La ℞ incomincia e chiude ogni rubrica di titolo (ciò che serve molto à confermare la epoca da noi assegnata al manoscritto) e i due punti (:) sono posti in fine delle leggi: non che di sovente il segno > là dove sono riferite le precise parole dell'editto o di altre antiche leggi.

Del resto quel che meriterebbe uno studio lungo e paziente (invero il Mommsen ce ne ha dato un esempio stupendo) sarebbe l'insieme delle correzioni, le quali in sì varie foggie si veggono fatte sul margine dei fogli del manoscritto. Ve ne sono alcune immediatamente eseguite dal copista sulla stessa parola nel primo scriverla errata; ve ne sono altre senza dubbio derivanti da confronti e da ricerche nuove. Gli emendatori furono parecchi, e di diversi tempi; nel più gran numero giuristi, i quali ebbero l'incarico, o liberamente deliberarono di rivedere il manoscritto, e furono greci, alla pari dei primi scrivani. La qual cosa noi di già osservammo, e da molte cose risulta chiara; in specie

da questo, che dove essi scrivono per contro proprio adoperano il greco, e si servono di note numerali greche nell'indicare le trasposizioni. Appariscono peraltro su quel libro anco delle correzioni assai recenti, e attribuite al secolo XV fino al XVI. Il cardinale Noris che si occupò egli pure del manoscritto disse aver conosciuto che a Pisa era capitato nelle mani di chi, poco al fatto di cose giuridiche e di cose antiche, lo aveva, e malamente, qua e là corretto (1). E senza dubbio si conosce che sono dei tempi sopra indicati alcuni ritocchi di carattere, dove esso era quasi perduto, e alcuni accenti delle parole greche. Le considerazioni generali che potrebbero farsi in proposito, e riuscirebbero utili, cadrebbero specialmente sul non grande numero delle correzioni le quali riguardano il diritto o il tenore del testo; le più riferendosi alla semplice scrittura; e sul fatto che esse scemano e divengono più rare a misura che si va verso la fine dell'opera. Ma di ciò non abbiamo ora il tempo e il luogo di trattare e chiudiamo subito il discorso nostro facendo il voto che di questo intero manoscritto si procuri (oggi che l'arte può) una riproduzione per comodo degli studiosi.

F. Buonamici.

(1) Henr. Noris, *Cenotaph. pisan. Dissert.* II, cap. 17. *Dissertat*, IV, cap. 3.

I DIRITTI DEL CREDITORE

SOPRA L'ISOLA NATA NEL FIUME

Memoria del prof. P. Cogliolo

WINDSCHEID *Pandekten* § 327; SINTENIS *Civilrecht* § 101; IHERING *Abhandlungen aus dem röm. Recht* I; MOMMSEN *Erört. aus dem Obligationenr.* § 1-4; ELVERS *Servitutenlehre* p. 213; ROBY *An introduction to the study of Digest* p. 71; VAN WETTER *Les obligations* I p. 19; PUNTSCHART *Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des röm. Privatrechts* p. 215 seg.

Nella dottrina giuridica suolsi affermare come generale regola che il venditore deve consegnare al compratore l'oggetto venduto con tutte le sue pertinenze; che così è pure in tutti gli altri contratti; che diconsi pertinenze quelle cose le quali non sono una parte integrale di un'altra, ma hanno con questa un tal rapporto che nel commercio sociale sono concepite come un sol tutto. Le quali norme sogliońsi giustificare con concetti che solo parzialmente vi si possono adattare, come è a dire col concetto dell'accessorio che segue il principale, o con quello del *commodum rei* che segue e compensa il *periculum rei.* I moltissimi casi pratici di accrescimento o diminuzione nell' oggetto da consegnarsi al creditore sono risoluti nei testi romani; ma nel lavoro puramente logico per salire a teorie precise è ancora molto da fare, come il Puntschart ha mostrato per i casi del *peri-*

culum rei e come anche si potrebbe mostrare per i casi del *commodum*. Fra i quali non ammette dubbio l'alluvione, imperocchè l'incremento latente che ne viene al fondo forma parte intima di esso e s'incorpora con lui, sì che non essendo neppure pensabile che si scerna la terra antica dalla terra nuova deve il debitore dare al creditore l'intiero fondo accresciuto. La L. 7 D. XVIII 6 dice:

> (PAULUS) *id quod post emptionem fundo accessit per alluvionem vel perit, ad emptoris commodum incommodumque pertinet; nam et si totus ager post emptionem flumine occupatus esset, periculum esset emptoris: sic igitur et commodum eius esse debet:*

E i Basilici (XIX 6, 1 [Heimb. II 230]) ripetendo l'ipotesi dell'alluvione contengono la regola generale che ὅτι μετὰ τὴν πρᾶσιν τοῦ ἀγροῦ τὸ κέρδος καὶ ἡ ζημία τὸν ἀγοραστὴν ὁρᾷ.

Nella L. 16 D. XXXII si fa il caso di un fondo lasciato in fedecommesso e prima della restituzione aumentato con terra alluvionale:

> (POMPONIUS) *saepe legatum plenius restituetur fideicommissario quam esset relictum, veluti si alluvione ager auctus esset.*

Del concetto e quasi anche delle parole di Paolo si servì Giustiniano nel § 3 Inst. III 23:

> *sed et si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accèssit ad emptoris commodum pertinet: nam et commodum eius esse debet cuius periculum est.*

L'insegnamento del diritto romano è stato accettato dal codice patrio, il quale ne ha fatta una particolare applicazione nell'articolo 1471; ove si stabilisce che l'obbligo di consegnare la cosa comprende quello di consegnare i suoi accessorî e tutto ciò che fu destinato al perpetuo uso di essa. Questo articolo, considerato nella sola esegesi delle sue pa-

role, come usa fare un metodo viziato che fu pur troppo in voga tra i civilisti nostri, riguarda solo le cose accessorie preesistenti alla vendita, e che sono *accessorie* in quanto hanno i requisiti voluti dagli articoli 465 e 467. È in questo senso che la disposizione legislativa fu interpretata dalle corti giudicanti (1); ma il suo valore giuridico è molto più generale, perchè contiene il principio che il debitore di una cosa deve consegnarla con tutti quei *commoda*, che le si sono aggiunti dopo il contratto. Quanto all'alluvione la sua appartenenza al creditore si fonda nelle obbligazioni in dare sopra quest'altro concetto, che nella maggior parte dei casi la proprietà passando per il solo consenso il creditore è proprietario, e perciò acquista l'accrescimento per diritto di accessione. Nè a ciò si oppone l'articolo 1470, il quale stabilisce che la cosa sia consegnata nello stato in cui si trovava al tempo della vendita; perchè questa disposizione ha l'intento di impedire i deterioramenti dell'oggetto venduto, e non ha nulla a vedere con le pertinenze che come *commoda rei* l'hanno naturalmente aumentato.

Che le accessioni alluvionali spettino al creditore è una norma di particolare interesse nel caso di una vendita con patto di riscatto: quando il venditore facendo valere questo patto riprenda il suo fondo accresciuto per un' alluvione, dovrà restituire oltre il prezzo anche il valore di tale accrescimento? La corte suprema di Roma (2) si è fondata sopra l' articolo 1528 per dare a questa domanda una risposta affermativa; ma la sua opinione non è accettabile per tre ragioni giuridiche. Primo, perchè appena il riscatto è fatto valere, il compratore diventa debitore della cosa, la quale torna all'antico proprietario con le accessioni e i *commoda rei;* secondo, perchè avverandosi la condizione risolutiva si ha l'ipotesi legale che il riscattante abbia avuto sempre la cosa come sua; terzo, perchè il diritto del rimborso dell'articolo 1528 per la sua lettera, che parla di *spese* e *legittimi pagamenti*, e per il suo spirito, che è il principio dello

---

(1) *Cass. Torino* 6 aprile 1867; 19 agosto 1875; 28 giugno 1877; 3 dicembre 1881.

(2) 15 settembre 1873, Crispoldi contro Netti.

indebito arricchimento, non può applicarsi agli accrescimenti derivati dal caso fortuito come sono le alluvioni fluviali.

Prossima all' alluvione è per questo riguardo giuridico l'isola nata nel fiume, perchè il creditore che ha diritto di avere una cosa ha diritto pur di avere tutto ciò che vi accede. Per la vendita e per il fedecommesso lo dicono chiaramente i testi romani; la L. 30 pr. D. XLI 1 dice così:

(Pomponius) *ergo si insula nata adcreverit fundo meo et inferiorem partem fundi vendidero, ad cuius frontem insula non respicit, nihil ex ea insula pertinebit ad emptorem eadem ex causa qua nec ab initio quidem eius fieret, si iam tunc cum insula nasceretur eiusdem partis dominus fuisset* (Bas. L. 1 29 [Heimb. V 41]).

La sopra citata L. 16 D. XXXII dice così:

(Pomponius) *saepe legatum plenius restituetur fideicommissario quam esset relictum, veluti si alluvione ager auctus esset vel etiam insulae natae.*

Quello che Pomponio dice della vendita e del fedecommesso vale certamente per tutti i contratti aventi lo scopo di trasmettere definitivamente una cosa ad altri; ma varrà pure per quelli che trasmettono solo il godimento e lasciano nel debitore la proprietà e il possesso, come è la locazione? La controversia è grave e le ragioni a dubitare non sono poche: se infatti fosse vera la dottrina ammessa da alcuni (1) che nella vendita il pericolo e il commodo della cosa non consegnata sono del compratore, perchè questa sarebbe stata proprietà di lui ove la tradizione fosse subito avvenuta, non si potrebbe dir lo stesso della locazione, nella quale il conduttore nè prima nè poi acquista l'oggetto locato. Che se si accettasse come principio vero il concetto espresso in al-

(1) Koch *das Recht der Forderungen* 12 203; Mommsen *Beiträge zum Obligationenrecht* I 350; Windscheid *Pand.* II § 390.

cuni testi che cioè *eius est commodum cuius est periculum*, non si potrebbe attribuire al conduttore l'uso dell'isola non sopportando lui la perdita per caso fortuito. Ma la prima teoria è stata bene combattuta dal Puntschart (1) e la seconda dal Mommsen (2); d'altra parte si può risolvere la questione proposta anche senza entrare nella gravissima ricerca del principio generale che attribuisce al compratore il *commodum rei*. L'isola nata nel fiume è infatti in virtù di legge un'accessione al fondo principale, e unicamente a questo titolo se ne acquista la proprietà (3): nell' alluvione le due cose formano il tutto *fisico* indistinto, e nel caso dell' isola formano un tuttò *giuridico*. Il creditore della cosa principale diviene pur creditore della cosa accessoria, e non perchè *accessorium sequitur principale*, che è una forisma pratico contenente una petizione di principio e una tautologia verbale, ma perchè o per natura (alluvione) o per legge (isola nata) le due cose ne formano una sola. Il conduttore dunque estende il suo diritto sopra gli accessori e le accessioni: per gli accessori (intesa questa parola in senso tecnico) lo dice espressamente la L. 19 § 2 D. XIX 2 (4), ed è interessante coglierne il vero principio cui è ispirata, che cioè l'unione o fisica o intenzionale o consuetudinaria o legale di una cosa minore ad una maggiore attribuisce quella al creditore di questa. Per le accessioni come commodo del conduttore e in ispecie per l'isola nata non è nel diritto romano una esplicita testimonianza, e solo possono indirettamente addursi i già trascritti testi per la vendita e per il fedecommesso. È vero che in questi rapporti giuridici vi è la trasmissione definitiva della cosa, che invece manca nella locazione, e perciò non vi scorgerebbero alcuna analogia gli scrittori, che nella vendita giustificano il *periculum* e *commodum rei* con la finzione *ac si res tradita fuisset;* ma è anche vero che un concetto molto più semplice può spie-

(1) *O. cit.* p. 17.

(2) *Erörter.* § 1.

(3) WIND. *Pand.* I § 185.

(4) Questa norma vale anche oggi, come si argomenta dall'articolo 1471 del nostro Codice civile.

gare non tutti i casi di *commodum*, ma quelli solo che derivano dall'accessione, il concetto cioè che quando due cose formano o si reputano formarne una sola, il credito verso l'una genera un credito verso l'altra. Come vi è un' accessione di dominio, così vi è un'accessione di godimento: ed è questa idea che domina il seguente testo, il quale però attinge il contenuto suo da altri istituti giuridici. È la L. 4 D. XXIII 3:

(PAULUS) *si proprietati nudae in dotem datae usus fructus accesserit, incrementum videtur dotis non alia dos, quemadmodum si quid alluvione accessisset.*

E se si esce dal territorio della tecnica giuridica per farsi a considerare la pratica utilità delle cose, non si perviene a risultamenti diversi: l'isola nata nel fiume occupa un posto, che prima avevano le acque, le quali, o prendendo altra via diminuiscono in quel luogo, o allargano il loro letto verso lo stesso fondo locato. Nell'una e nell'altra ipotesi il conduttore soffre un lieve danno, per il quale non può chiedere un risarcimento, ma del quale trova compenso nell' aumentata estensione dell'oggetto a lui affittato.

Contro l'opinione esposta ha l'apparenza di essere un testo del digesto, il quale appunto ha fatto all'Ihering sostenere che il godimento del conduttore non si allarga anche all'isola nata. È la L. 9 § 4 D. VII 1:

(ULPIANUS) *huic vicinus tractatus est qui solet in eo quod accessit tractari: et placuit alluvionis quoque usum fructum ad fructuarium pertinere, sed si insula iuxta fundum in flumine nata sit, eius usumfructum ad fructuarium non pertinere Pegasus scribit, licet proprietati accedat: esse enim veluti proprium fundum, cuius usus fructus ad te non pertineat, quae sententia non est sine ratione: nam ubi latitet incrementum et usus fructus augetur, ubi autem apparet separatum fructuario non accedit.*

Ulpiano dice chiaramente che l'usufrutto sopra un fondo si estende all'alluvione che vi è acceduta (1), ma non all'isola nata, malgrado che il fondo e l'isola sieno per diritto di accessione legati da un medesimo rapporto di proprietà. Questa risoluzione va certamente estesa a tutte le servitù e può probabilmente estendersi all'ipoteca. Quanto alla servitù la L. 3 § 2 D. XLIII 20 dice:

(POMPONIUS) *si aquam ex flumine publico duxeris et flumen recesserit, non potes subsequi flumen quia ei loco servitus imposita non sit, quamvis is locus meus sit, sed si alluvione paulatim accesserit fundo tuo (meo?) subsequi potes quia locus totus fluminis serviat ductioni, sed si circumfluere coeperit mutato alveo, non potes quia medius locus non serviat interruptaque sit servitus.*

Vi si fanno tre casi: nel primo, imposta la servitù ad un fondo di derivare per esso l'acqua da un pubblico fiume, avvenne che il fiume mutò corso e passò per altra parte; anche che il nuovo letto sia sopra un fondo di proprietà del serviente tuttavia la servitù non può estendersi oltre i limiti convenuti. Nel secondo caso il fondo serviente si allargò per accrescimenti alluvionali e perciò il fiume si portò più innanzi: la servitù grava pure le nuove liste di terra aggiunta. Nel terzo caso il fiume mutò letto e *circumfluit* lasciando secco l'alvèo derelitto o anche formando un'isola (2): sopra queste accessioni non si estende la servitù perchè la nuova terra o la nuova isola sono un *medius locus* che ha una figura propria, e corrisponde al *proprium fundum* di Ulpiano; perchè viene così ad essere la servitù fisicamente *interrupta*, e corrisponde all'incremento *separatum* di Ulpiano.

Quanto all'ipoteca il caso dell'alveo derelitto e dell'isola

(1) Paolo nelle *Sent.* III 6, 22 dice: *accessio ab alluvione ad fructuarium fundum* [*fundi* (Huschke)], *quia fructus fundi non est, non pertinet.* Qui si dice che l'alluvione non è un frutto che cada in proprietà dell'usufruttuario, e va bene; ma ciò non toglie che sull'alluvione egli abbia il diritto di usufrutto.

(2) L. 30 § 2 D. XLI1.

nata non è fatto nei testi; ma a ritenere probabile l'opinione comune (1) che valesse la regola delle servitù conducono due ragioni: la prima è la natura comune di diritto reale; la seconda è che le fonti con insistenza e precisione estendono l'ipoteca solo all'alluvione (2) e alle costruzioni fatte sul fondo ipotecato (3). Come si vede il principio generale, che ogni diritto sopra la cosa principale si estende alla cosa minore che vi accede, era violato nella servitù e nell'ipoteca per una speciale concezione che i Romani aveano del diritto reale, come si dirà dopo: ma nello sviluppo posteriore di alcune note circa l'*ius in re* quella speciale concezione scomparve, e il generale principio trionfò. In ossequio al quale e ad utilità della vita pratica il nostro codice molto opportunamente sancì l'articolo 1466: « l'ipoteca si estende a tutti i miglioramenti ed anche alle costruzioni ed altre accessioni dell'immobile ipotecato » (4).

Perchè adunque nell'usufrutto nelle altre servitù e nella ipoteca si distingue l'alluvione dall'isola nata, ed a quella ma non a questa si estende il diritto, che uno ha sopra la cosa principale? L'Elvers (5) ha detto che ciò dipende dalla presunta volontà delle parti, le quali verosimilmente hanno preveduto l'accrescersi del diritto per una lenta alluvione, ma non quello per un nuovo e repentino acquisto. Questa spiegazione non è accettabile, perchè non vi è un criterio nè scientifico nè pratico per interpretare così la volontà dei contraenti, e perchè è strano cercare di norme romane una ragione diversa da quella, che quei giuristi hanno con chiarezza dato.

Ulpiano e Pomponio infatti mirabilmente concordano nello esprimere lo stesso concetto, che cioè nell'alluvione il fondo è fisicamente un solo, mentre nell'isola nata sono due fondi concepiti dal diritto come uno per determinarne l'apparte-

(1) DERNBURG *das Pfandrecht* I 437.

(2) L. 16 pr. D. XX 1; L. 18 § 1 D. XIII 7.

(3) L. 21 D. XIII 7; L. 35 D. XX 1.

(4) La *Cass. di Torino* 14 settembre 1876 ricondusse logicamente l'art. 1466 al sopra detto principio generale. Lo stesso vale per l'enfiteusi: art. 1561.

(5) *Op. cit.* p. 213.

nenza giuridica. Quest'isola è al dire di Pegaso un *proprium fundum*, cioè un fondo a sè, secondo il significato che della parola *proprium* risulta dalla L. 7 § 1 D. XLI 4; e Pomponio dice che l'alveo derelitto è un *medius locus*, sul quale non fu imposta la servitù. Ulpiano poi esplica l'idea di Pegaso col dire che l'alluvione è un incremento latente e non riconoscibile, mentre l'isola è un *incrementum separatum*. Quando si ricordi che i diritti reali e in particolar modo le servitù erano anticipatamente concepiti come una specie di parziale dominio; e che anche quando la natura di un *ius in re aliena* andò sempre più a così dire spiritualizzandosi, tuttavia si mantennero traccie visibili del legame materiale con la cosa serviente; e che la servitù gravando su tutto il fondo e perciò sopra ogni zolla diventò un diritto indivisibile; quando si pensi a ciò si comprende come il diritto reale fosse ritenuto seguire la individualità *fisica* del fondo, ma non la *giuridica*. L'alluvione aumenta la cosa con fisica continuità, e perciò la servitù vi si estende; l'isola nata invece è fisicamente un tutto a sè, e solo per l'autorità del diritto segue il proprietario del fondo principale, ma la continuità materiale è spezzata, *servitus est interrupta*, e quindi il diritto reale finisce dove finisce il confine fisico dell'oggetto.

Se questa è la teoria romana, ne vengono due conseguenze: la prima, che nei diritti personali e perciò nella locazione non vi è ragion di violare il principio che allarga alle cose accessorie e accedute il diritto, che si ha sopra la cosa principale; la seconda, che la L. 9 § 4 D. VII 1 non contrasta, ma a contrario conforta la giusta pretesa del conduttore di godere pure dell'isola nata nel fiume.

Modena 10 aprile 1888.

PIETRO COGLIOLO.

SULL' ESISTENZA DELLA FORMULA PROIBITORIA

NELL'ALBO PRETORIO

Memoria del prof. C. Ferrini

I.

La più strenua campagna contro l' Indice de' Digesti dell'antecessore Stefano fu recentemente intrapresa dal Lenel (1) (Ztschr. der Savigny-St. R. A. 2 p. 72 sg.). Nelle sue osservazioni vi ha certamente una parte di vero e si contiene una salutare reazione contro le esagerazioni di parecchi citanti lo Stefano, come autorità indiscutibile. Se non che nemmeno si può dire ch'egli abbia pienamente colto nel segno. — Le ricerche da alcun tempo intraprese e — se non terminate — non interrotte mai su quel cospicuo monumento della giurisprudenza bizantina mi fanno propendere ad un giudizio notevolmente difforme. Come l'indice greco delle Istituzioni, così questo dei Digesti vanno considerati con diverso criterio nelle loro parti diverse. I loro autori non furono uomini di straordinario ingegno, nè di straordinaria cultura: bensì poterono valersi di buone fonti anteriori.

Non è possibile una critica degna di questo nome, quando non s' investighi l'origine degli insegnamenti, che un determinato passo ci offre. Ora questa indagine preliminare

(1) Cfr. anco E. P., 149. — In senso contrario pecca il Pernice (Herbert): *Commentationes*, p. 164 sg.

ed indispensabile è forse più facile per l' indice stefaneo che non per quello dello pseudo — Teofilo. — Ove il bizantino congettura di proprio capo o pende dall'autorità de' contemporanei, la sua testimonianza, *in quanto almeno concerne il diritto antegiustinianeo,* non può pretendere una fiducia singolare. Ma là dove la testimonianza pende da fonti anteriori e buone, l'ostinata incredulità può essere altrettanto contraria alle esigenze di una critica imparziale.

II.

Dicevo che la suaccennata ricerca è per l' indice stefaneo meno ardua che non per altri monumenti coevi. E la ragione non è difficile ad indovinarsi. I Digesti non costituiscono come le Istituzioni un tutto fuso omogeneamente: sono un mosaico fatto con frammenti tolti ad opere molte e diverse, ciascuno dei quali conserva la sua fisionomia indipendente. Già questo fatto induce a riflettere quanto sia possibile ed anche probabile che l' indiceuta, per servirmi della parola bizantina, abbia per alcune categorie di frammenti potuto valersi di sussidi, che per le altre gli facevano difetto. Non tutte le opere, di cui contengono estratti le Pandette, erano studiate prima di Giustiniano dai giureconsulti orientali, per quanto il numero di quelle studiate fosse assai ragguardevole (come insegnano singolarmente i frammenti sinaitici) e senza paragone maggiore di quello delle opere svolte dagli occidentali. Un numero minore ancora di tali opere ebbe l'onore di versioni o commenti per parte dei giuristi greci antegiustinianei e finalmente più scarsi ancora dovettero essere que' lavori di questi, che pervennero ai giureconsulti bizantini dell'età giustinianea e che furono da questi effettivamente adoperati. — Determinare quali opere dei giureconsulti greci antegiustinianei ebbero influenza su quelle dei giustinianei e determinare la varia intensità di cotale influenza, non è fattibile ancora: troppo poco si è occupata la critica moderna di que' monumenti, pur tanto notevoli,

perchè sia lecito esporre in proposito qualsiasi giudizio. — Lo stato attuale degli studi permette però di mostrare quanto fondamento abbiano le riflessioni suesposte e di convalidare quel canone, che non si dovrebbe omai più in tali ricerche dimenticare: « L'autorità de' bizantini deriva dalle fonti, di cui poterono valersi: tali fonti non sono direttamente le opere classiche, bensì le loro elaborazioni antegiustinianee: l'uso di tali fonti non è però costante, ma è determinato dalla natura del passo, che si vuole illustrare. »

III.

Chi, pur senza avere letto una pagina dell'Indice di Stefano, ripensi alle condizioni del suo autore, dovrà — io stimo — trovare già *a priori* molto probabile quanto segue. I frammenti, per cui egli poteva trovare più abbondanti sussidi, dovevano essere quelli delle due grandi compilazioni ulpianee *ad Sabinum* e *ad Edictum*. Quanto infatti i giureconsulti orientali avessero lavorato attorno alla prima, attestano i frammenti sinaitici: quanto dovessero lavorare attorno alla seconda, insegna il riflesso, che di essa appunto si servivano le scuole orientali per l'insegnamento delle materie edittali (Cfr. C. *Omnem*, § 1). — Ora io sono persuaso che l'attento esame dell'Indice confermi pienamente questa osservazione e ne dia anzi una prova così sicura, che migliore non si potrebbe desiderare. De' frammenti ulpianei *ad Sabinum* ci occuperemo del resto pochissimo, giacchè pei fini particolari di questa dissertazione a noi importano sopratutto quelli del commento edittale.

IV.

Nessuno ha mai osservato finora come tutte le citazioni degli « eroi beritesi, » che si trovano nell'indice stefaneo si riferiscano a' frammenti de' libri di Ulpiano *ad Edictum*.

Il vecchio Cirillo « ὁ ἥρως » è citato nell' indice ad D. 2, 14, 12 = Ulp., lib. IV *ad Edictum* (Hb. I, 563): Amblico « ὁ ἥρως » nell' indice ad D. 12, 1, 9, 9 = Ulp., lib. XXVI *ad Edictum* (Hb. II, 601): Patricio « ὁ ἥρως » come commentatore della costituzione, che nel Codice giustinianeo è la 2ª del titolo *de rebus creditis* (4, 1) è addotto nell' indice ad D. 12, 2, 13 = Ulp., lib. XXII *ad Edictum* (Hb. II, 542): una difesa penale del vecchio Cirillo « τοῦ ἥρωος ἐν Βηρύτῳ » è ricordata nell' indice ad D. 15, 1, 9, 7 = Ulp., lib. XXIX *ad Edictum* (Suppl. Basil. ed. Zachar. ad h. l., p. 211). (1) Ciò non può essere un caso. Anzi il critico, il quale vede come Stefano riserbi a questa sola categoria di frammenti tanto sfoggio d'erudizione, non può sottrarsi al sospetto — omai non troppo temerario — che tutte queste citazioni derivino da un' unica fonte, vale a dire da un antico commentario scolastico ai libri di Ulpiano *ad Edictum* (se non a tutti, almeno ai πραττόμενοι), il rapporto del quale coll' indice stefaneo si configurerebbe a un dipresso come quello del κατὰ πόδας beritese di Gaio verso l'indice delle Istituzioni. Ma non è poi questa mera congettura. Stefano in più luoghi ci attesta — sempre nell' indice a' frammenti di Ulpiano *ad Edictum* — di avere presente *un vecchio autore* « παλαιός. » Cfr. l'indice, certamente alquanto guasto, ad D. 3, 2, 6, 2 = Ulp., lib. VI *ad Edictum* « καὶ τὸν λογισμὸν φησὶν ὁ παλαιός, » e quello ad D. 3, 4, 38 = Ulp., lib. XXXVII *ad Edictum* « σημείωσαι τὸν παλαιὸν λέγοντα. » E qui riferirei io pure quanto si legge nella paragrafe ad D. 11, 6, 3, 6 = Ulp., lib. XXIV *ad Edictum:* ἕτεροι δὲ τὸν παλαιὸν οὕτως ἐνόησαν. — Se qui appartenga il « παλαιός » di cui si cita la versione dell' Editto nell' indice ad D. 47, 4, 1 = Ulp., XXXVIII *ad Edictum*, non saprei decidere, tanto più che quest' indice non appartiene a Stefano. Ma non v' appartiene punto il παλαιός degli scolii ad D. 47, 2, 74 e 48, 5, 11: a questi passi non si riferiva l'indice stefaneo.

Invece non bisogna lasciarsi illudere da alcune traccie

(1) I passi del Supplemento zachariaeano sono stranamente ignorati affatto dal Huschke nella sua insufficiente raccolta, J. A., p. 821 seg.

apparenti di una più antica versione del testo, che qua e là fanno capolino nell'indice di Stefano, stando alle quali taluno potrebbe pensare che la fonte di Stefano fosse un indice anteriore delle Pandette medesime. Io mi limiterò a considerare l'esempio più notevole, che l'Indice presenti. Commentando il fr. 17, § 4, *de pactis* (2, 14) = Paul. III, *ad Edictum*, si cita il fr. 40 dello stesso titolo nel modo seguente: συμβάλλεταί δέ σοι πρὸς τὴν εἰρημένην παράδοσιν καὶ τὸ κείμενον ἐν τῷ μ̄ διγ. τοῦ παρόντος τίτλου ἐν τῷ θέματι οὗ ἡ ἀρχή. Πατὴρ ὁ τὴν προῖκα. Parimenti al fr. 33, h. t. (Cels. 1 Dig.), si cita lo stesso passo e nello stesso modo: ἐν τῷ μ̄ διγ. τοῦ παρόντος τί. οὗ ἡ ἀρχή. πατὴρ ὁ τὴν προῖκα ἐπαγγειλάμενος. — Ora al contrario l'indice stefaneo del citato fr. 40, h. t., § 3, non comincia con quelle parole, ma colle seguenti: Πατὴρ ὑπὲρ θυγατρὸς ἐπηρωτήθη γαμβρῷ προῖκα δοῦναι. — Ma questa apparente citazione di una più antica elaborazione greca delle Pandette perde ogni valore, quando si consideri ch'essa non può essere che un ἐξελληνισμός dovuto ai greci recenziori dell'undecimo o duodecimo secolo. Stefano nel citare il principio di un paragrafo s'attiene costantemente al metodo de' suoi contemporanei (1), e cioè adduce le parole latine con cui comincia nel testo: cfr. ind. ad D., 2, 15, 5 — fr. 7, § 2 ibid. — Qui le parole del testo: *Pater qui dotem promisit,* furono più tardi ellenizzate (2).

V.

Con tutto quanto s'è finora detto sulla fonte speciale, di cui si dovette valere Stefano nel tradurre e commentare i frammenti dei libri ulpianei *ad Edictum*, si accorda mirabilmente il fatto, che quasi esclusivamente per questa categoria di frammenti si occupa Stefano dell'antica procedura formulare e parla a lungo della concezione delle vecchie formule anche là ove il testo non vi accenna. Il che mentre

(1) Cfr. FERRINI, *Scolii inediti allo Pseudo-Teofilo*, p. 3, 15 sg.

(2) Per un bellissimo e finora inavvertito esempio di ἐξελληνισμός nell'indice stefaneo, cfr. D. 2, 14, 7, 5 ove « rei » — *del convenuto* è reso πράγματος!

da un lato rivela chiaramente come Stefano si valesse di una fonte antegiustinianea, dall'altra conferisce importanza ed autorità alle notizie di questa natura che nell'indice di tali frammenti si contengono. Io mi limiterò qui a pochissimi esempi, pur non tacendo che sono innumerevoli i frammenti di tale categoria, in cui si contengono tali notizie ed osservazioni. — Nel fr. 7, § 2 *De pactis* (2, 14) = Ulp. IV *ad Edictum*, si fa un'ottima descrizione dell'*actio praescriptis uerbis* che espone a mo' di *demonstratio* il fatto e poi procede a una *intentio incerta* e termina nel solito modo, cioè nella consueta *condemnatio* : descrizione, che mentre si deve ritenere esattissima, poichè risponde benissimo a tutte le altre testimonianze (cfr. p. e. Cod. 2, 4, 6), rivela una buona conoscenza degli schemi formulari e certo deriva da un tempo, in cui tali schemi non erano caduti ancora in dimenticanza. Ciò nonostante, questa opportuna testimonianza, come quasi tutte quelle de' giureconsulti bizantini, è stata ignorata dai restitutori dell'Editto e dagli scrittori di procedura romana. — Per la conoscenza poi del processo formulare si confrontino anco le osservazioni contenute nell'indice al § 6 ibid. — A proposito della formula della *hereditatis petitio* basti ricordare le bellissime osservazioni (non ignote a'moderni, cfr. Lenel, E. P., p. 139), che si trovano ne' frammenti dell'indice stefaneo relativi a' libri di Gaio e di Paolo *ad Edictum* (cfr. spec. fr. 4 e fr. 10 *De her. pet.*, 5, 3), ma che pur hanno opportuna conferma in quelli relativi a' libri ulpianei *ad Edictum* dello stesso titolo. (1) Nell'indice poi ad D. 5, 4, 1, 5 = Ulp. V *ad Edictum* è data la *intentio* della formula per la *petitio incertae partis hereditatis* « εἴ τι φαίνεται ἐν τῇ κληρονομίᾳ ἐμὸν εἶναι, καταδίκασον » Tale formula, tenute ferme le consuete modificazioni da noi già avvertite in altro lavoro, si traduce « quidquid ex hereditate Publi Maeui ex iure Quiritium A^i^ A^i^ esse paret, quanti ea res est, tantam pecuniam etc. » E mi pare che tale formula risponda benissimo all'ufficio suo; l'analogia di quanto Gaio insegna (4, 54) a proposito della *incertae partis uindicatio*,

(1) E del successivo: p. e. D. 5, 4, 1, 1 — Hb. Bas IV, 243.

non s'impone necessariamente. — Anche la notizia essere state la faviana e la calvisiana concepite *in factum* (D. 5, 3, 16, 6 = Ulp. XV *ad Edictum*) è molto attendibile. — Riguardo alla *rei uindicatio,* mi limito ad accennare le importanti osservazioni fatte nell'indice ad fr. 3, § 2 h. t. = Ulp. XI *ad Edictum,* nonchè la dottrina così notevole sulla *pronuntiatio* (cfr. il fondamentale articolo dello Zachariae nel volume XIV della *Zeitschrift für gesch. R. W.*), che noi conosciamo sopratutto e quasi esclusivamente per gli insegnamenti di Stefano. Questa dottrina è svolta precipuamente nell'indice ai frammenti de' libri di Ulpiano *ad Edictum:* fr. 13, 17 h. t. = Ulp. XVI *ad Edictum.* — Noterò ancora quanto dicono gli scolii antichi de' Basilici (Fabr. schol. *b* 3, 572) ad Dig. 13, 3, 1 = Ulpiano XXVII, *ad Edictum:* « Bisogna sapere che, come insegna STEFANO NELLE SUE PARAGRAFI, l'azione triticaria ha questo nome pel motivo che nella formula anticamente usata si faceva memoria del *triticum.* » Nè certo tali cose potevan saltare spontanee in testa al giureconsulto costantinopolitano, che piuttosto le trovava nelle vecchie elaborazioni greche del commento ulpianeo. E come questi, altri molti esempi si potrebbero arrecare; gli addotti bastino a comprovare l'alta utilità di un savio uso dell'indice stefaneo per la conoscenza dello Editto perpetuo e dell'antica procedura romana.

VI.

Il Lenel (1) ha creduto di poter togliere quasi ogni fede all'indice di Stefano, con un'osservazione che, secondo lui, basterebbe a convincere non avere avuto l'antecessore greco veruna salda conoscenza dell'editto perpetuo. Giova a noi esaminare questo suo argomento, tanto più che si riferisce al commento di un passo tolto precisamente dal libro XVI *ad Edictum* di Ulpiano, e cioè al fr. 1, § 1 *De publiciana*

(1) *Ztschr.*, loc. cit., p. 80-81.

(6, 2). Il testo dice: « Si de usufructu agatur tradito, publiciana datur, » e lo Stefano nel suo commento scrive così: « Veramente il compianto Teofilo fa il caso che il tradente non sia stato proprietario (del fondo); benchè il pretore abbia promesso di tutelare l'usufrutto tradito dal proprietario. » Qui, osserva il Lenel, si parla d'una vera promessa (ἐπαγγέλλεσθαι) del pretore e devesi intendere che, secondo la mente del bizantino, il pretore nel suo editto avesse veramente proposto un'azione utile a favore di colui, al quale il proprietario avesse tradito l'usufrutto. Ora ciò è impossibile per la ragione semplicissima che Gaio ancora non concepiva punto la tradizione dell' usufrutto. Lo prova incontrastabilmente Gaio stesso, che insegna (2, 28): *incorporales (res) traditionem non recipere manifestum est,* e altrove (Dig. 41, 1, 43, 1): *incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est* (7 ad Ed. prou.) Si vede dunque chiaramente, conchiude il Lenel, che Stefano ignorava il contenuto dell' Editto, ma poi non si peritava a vendere *kecklich* come tale, ciò che non era che il portato della sua immaginazione. — Questa requisitoria non mi pare così ineccepibile da dover noi seguire il valoroso alemanno nelle sue conclusioni. Prima di tutto non credo che bastino quei due testi gaiani a dimostrare che a questo giureconsulto il concetto di *traditio usus fructus* fosse addirittura ignoto. Giacchè que' due testi parlano genericamente delle *res incorporales* e non escludono la possibilità di una eccezione per l'usufrutto, pel quale una eccezione dovette anzitutto farsi. A me pare anzi che se a' tempi di Ulpiano, come ammette il Lenel, il concetto di una *traditio* non si trovava ripugnante per le servitù rustiche e neppure per le urbane, si deva trovare assai probabile che già a' tempi di Gaio la *traditio usus fructus* fosse penetrata nell'uso. Si aggiunge poi che, pur essendo nota e praticata la *traditio usus fructus,* Gaio poteva benissimo esprimersi, come si è espresso, giacchè non è questa una vera e propria *traditio*, come quella che s'usava per la *res corporales,* ed è appunto fra i due ordini di cose, che Gaio istituisce il confronto. Tant' è vero questo, che lo stesso Stefano, precisamente in

questo passo cotanto incriminato, espone il principio di Gaio quasi colle medesime parole. Ecco infatti che cosa dice: « L'usufrutto propriamente si costituisce per mezzo di legato, di patti o di stipulazioni: abusivamente colla tradizione (1), POICHÈ NON È NEPPUR POSSIBILE IL TRADERE UNA COSA INCORPORALE. » — E poi che Gaio non ignorasse la *traditio ususfructus,* appare dal fr. 3 pr. *De usufr.* (7, 1) tolto dal libro 2º delle *res cottidianae:* ed anzi un tentativo di estendere il concetto di *quasi-traditio* alle servitù in genere lo troviamo fatto già nell'epoca traianea da Giavoleno (D. 8, 1, 20 = 5 ex post. Labeonis) seguìto in ciò, come spesso, dal suo grande discepolo Salvio Giuliano (Dig. 7, D. 8, 5, 16) (2). — Non parrà ora certo incredibile che almeno nella redazione giulianea dell'Editto si tenesse conto della *traditio ususfructus.* — Ma siamo pure generosi e concediamo tutto quello che il Lenel vuole. Non per questo saremo costretti ad accettare anche le sue conseguenze. — È noto come l'Editto sulla publiciana contenesse due clausole: una relativa alla *traditio* di una *res mancipi* fatta dal *dominus,* e l'altra relativa all'acquisto in buona fede e con giusto titolo da chi non era domino (cfr. Lenel, *Beiträge zur Kunde des prät. Ed.*, p. 1 seg.; cfr. anche le mie *Note critiche al libro IV dello Pseudo-Teofilo*). Invece secondo la notizia dataci quì dai greci il pretore proponeva l'utile publiciana solo nel caso di costituzione irregolare di usufrutto fatta dal *dominus,* benchè la giurisprudenza la estendesse anche all'altra ipotesi. Stefano c'insegna che ciò faceva Teofilo, nonostante il contenuto dell'Editto: nè qui deve ammettersi collo Zachariae una *Meinungsverschiedenheit* dei due bizantini (*Ztschr. der Sav. St.* R. A., VI, p. 6), poichè tale applicazione della publiciana era ben più antica di

(1) Di passaggio s'avverta come gl'insegnamenti de' bizantini non sono i più favorevoli alla vecchia teoria con tanto calore difesa dal Vangerow nelle note al § 350 delle sue Pandette. Il patto è pensato in vero contrapposto alla quasi-tradizione.

(2) Questo risultato non è infirmato dal fatto che talora il *traditus usufructus* è penetrato ne' Digesti per interpolazione. Questo mi pare sicuramente il caso del passo D. 7, 6, 1 pr. cfr. co' *Framm. vatic.* 61. E qui mi piace notare come di *traditus usufructus* non si faccia menzione neppure nell' indice di Stefano a questo passo: cosa che, dopo quanto osservammo sulle fonti usate da Stefano per la versione e l'illustrazione dei frammenti ulpianei *ad Sabinum*, non deve punto sembrarci strana.

Teofilo, e qui Stefano vuol solamente avvertire come tale pratica eccedesse il contenuto materiale dell'Editto. Nè dobbiamo scandolezzarci, se qui si parla di « usufrutto tradito » benchè l'Editto non mentovasse (il che però è tutt'altro che sicuro) tale tradizione; giacchè è naturale che un bizantino, riferendo non le parole, ma la sostanza dell'Editto, lo applicasse senz'altro al caso a' suoi tempi usitato. Si vegga dunque come qui si abbia, secondo ogni probabilità, un prezioso documento, che può spargere molta luce su parecchie questioni attinenti alla quasi-tradizione e a' suoi effetti, e come noi, allo stato attuale della scienza, siamo tutt'altro che in diritto di trarne argomento per spregiare l'autorità di Stefano e negar fede alle parole sue.

VII.

Tutte le cose fin qui ragionate miravano a disporci a fare il debito apprezzamento di una notizia, che lo Stefano ci porge nel suo indice di un frammento tolto al libro XVII di Ulpiano *ad Edictum* (D. 7, 6, 5, 1), ove dice: « Il pre- « tore ha stabilito delle formule anco per coloro che riven- « dicano cose incorporali: una *confessoria* così concepita: « se pare aver me il tal diritto, » un'altra *negatoria* così « concepita: « se pare non aver te il diritto di usufruire « contro mia volontà. » Propose inoltre anche un'altra for- « mula, la *proibitoria,* concepita in questo modo: « se pare « aver me il diritto di proibirti di usufruire. » — Stando a questa notizia stefanea, si avrebbe, oltre le azioni confessoria e negatoria, una terza detta *proibitoria.* Questa notizia dello Stefano non sta, come è omai risaputo, isolata nella letteratura bizantina. Già lo Zachariae (1) arrecò una glossa, che si trova presso il Labbaeo (2): προνιβιτ(ορία). ἀγωγὴ κωλυτική e προνιβιτορία κωλυτική (3): nonchè i versi della sinopsi

(1) *Ztschr. für gesch. R. W.* 12, 258 seg.

(2) *Glossae nomicae*, p. 99.

(3) È noto come ne' manoscritti greci l' *N* latina fu ordinariamente confusa coll' *H*.

pselliana 564 sg. « ἡ δὲ κομφεσσορία τις, ἡ δὲ νεγατορία — ἡ δὲ προιβιτορία τις κτλ. », ove il Bosqueto arreca una glossa (verosimilmente della stessa origine delle labbeane) « προϊβιτορία ἤγουν κωλυτικὴ κωλύουσα τὸ γινόμενον εἰς βλάβην. » Il Witte poi (*Zeitschr. für Civilrecht u. Proc.* 13, 392) da un trattato inedito sulle obbligazioni, anteriore ai Basilici, trae pure una notizia sull'esistenza di questa proibitoria, colla relativa formula: « se pare aver me il diritto di proibire a te. » — Dopo che lo Zachariae ebbe pubblicato quel passo dell'indice stefaneo (Supplem. Basil., p. 112 sg.) e richiamata su di esso l'attenzione dei romanisti (art. citato), la esistenza della proibitoria fu ammessa da quasi tutti gli autori, che si occuparono della questione: cfr. Witte, rivista citata, 13, 391 e seg. Schmidt von Ilmenau nella *Ztschr. für gesch. R. W.*, 15, 149. Heimbach, nel *Rechtslexicon* di *Weiske*, 10, 340 sg. Pernice, *Commentationes i. r.* p. 162-173. Vangerow, *Pand.*, § 353, n. 1ª. Rudorff, *Ed. perp.*, § 65. Karlowa, *Der. röm. Civilpr.*, p. 95. Keller, *Der röm. Civilpr.*, 6ª ed., p. 132. Fra i contradditori notiamo lo Stephan nella *Ztschr. für gesch. R. W.*, 14, 274 sg., lo Hesse negli *Annali di dommatica,* 8, 72 sg., e il Lenel nella *Ztschr. der Sav. St.* R. A., 2, 72 sg. e nell'E. P., p. 149 sg. — Argomenti di costoro sono precipuamente i seguenti: Il silenzio che su quest'azione mantengono i Digesti e in genere il *corpus iuris* — l'inutilità della pretesa *proibitoria* di fronte alla *negatoria* — la poca attendibilità degli scrittori bizantini.

Su quest'ultimo argomento si possono confrontare le cose sopra lungamente ragionate sull'autorità di Stefano nel commento, ch'egli fa di frammenti dei libri di Ulpiano *ad Edictum.* La quale autorità poi è qui più che mai manifesta, stantechè per le formole confessoria e negatoria pende evidentemente da ottima fonte, come prova specialmente l'inserzione dell'inciso « invito me » (*Pernice* Comment. cit., p. 160 sg., *Keller*, l. c., p. 132). (1) E l'autorità di Stefano è qui suffragata dalla testimonianza di altri giuristi

---

(1) V. poi anche Voigt, *Ueber den Bestand und die hist. Entw. der Serv.* (Berichte der kgl. s. G. d. W. hist. phil. Kl., 1874) p. 218.

bizantini. Si fa invero presto a dire che tali scrittori « avranno certo copiato da Stefano ; » chè quanto noi sappiamo sulla letteratura giuridica bizantina non ci autorizza punto ad ammettere un così largo uso dei libri stefanei e poi alcune di quelle testimonianze, come quella della glossa labbeana. datano, secondo ogni verosimiglianza, da tempo anteriore. Queste glosse latino-greche si propongono di illustrare parole latine tecniche conservate ancora nel più antico linguaggio giuridico bizantino, quando anche non si propongono invece di illustrare senz' altro le dizioni latine dei giureconsulti classici studiati in Oriente fino a Giustiniano. Ora si vegga con quanta probabilità potessero tali glosse occuparsi di una voce coniata da un giureconsulto bizantino. (1) E si vegga pure con quanta probabilità possiamo noi statuire, che un giurista costantinopolitano arrivasse a tal punto di audacia da inventare non solo una formula, ma anche il nome latino di un'azione non esistente. Se la lettura del fr. 5 pr. poteva indurlo in errore sull'esistenza della formula, certo non poteva insegnargliene anche il nome. E se pur si volesse attribuire tale errore anzichè a Stefano personalmente, alla giurisprudenza bizantina in generale, io domando che mi si citi un solo esempio analogo, in cui siensi inventati e formule e nome di un' azione: nome *latino* ignoto ai giureconsulti classici ? Con ciò cadono anche le congetture, per quanto ingegnose, del Lenel : che cioè, cessato il processo formulare, dovesse la negatoria avvicinarsi al processo remissorio (2), in cui tutto s'aggirava sul *ius prohibendi* e che questa fosse l'origine della pretesa *proibitoria ;* o che del *ius prohibendi* si facesse menzione nelle sponsioni, quando in questioni di servitù queste si preferissero alla formula petitoria, e a quelle sponsioni si debba riferire la « proibitoria » (3). Tutto ciò può essere molto ingegnoso, ma nè ha intrinseca verosimiglianza, nè vien sorretto da alcuna analogia. Nelle fonti bizantine, ove si parla di denuncia di nuova opera o di pro-

(1) Cfr. KRUEGER *Gesch. der Quellen* p. 368-9.

(2) *Ztschr.* l. c. p. 79.

(3) E. P. p. 150. Che poi nelle sponsioni si parlasse di « ius prohibendi » è tutt'altro che sicuro. A me — v. avanti — pare più probabile il contrario.

cesso remissorio, non v'è la più lontana allusione ad azione proibitoria, e se nelle fonti recenziori (come nel Prochiro, nell'Epanagoge e negli stessi Basilici) troviamo che si discorre insieme delle servitù e della denunzia di nuova opera, questo si deve alla sistematica della giurisprudenza bizantina del secondo periodo, che aveva ravvicinato cose in realtà non troppo disparate; ma non può concedere senz'altro delle illazioni a riguardo di Stefano e della giurisprudenza anteriore a lui, quando lo stesso ordine delle fonti latine scrupolosamente seguìto ancora, doveva tener vivo il senso delle diversità de' rimedii giuridici accennati e della loro origine disforme.

VIII.

Il silenzio dei Digesti va, dicono gli avversari, posto a riscontro colle frequenti menzioni, che della proibitoria fanno i bizantini. È probabile che i primi tacessero di un rimedio che stando a costoro sarebbe stato tuttavia nell'uso comune? — Questo silenzio a me non par così strano. I bizantini non parlano della proibitoria come di un rimedio di speciale efficacia, che fosse tuttora in uso nel foro. Essi vi accennano piuttosto a mo' di notizia; le glosse per illustrare la voce latina « prohibitoria »; Stefano per completare alcuni cenni sul processo formulare. Al tempo di Giustiniano (non disputiamo per ora quale dovesse essere anteriormente lo stato delle cose) la proibitoria non poteva aver più veruna importanza accanto alla negatoria e nemmeno — cessate le formule — poteva per l'uso di diverse parole da quest'ultima distinguersi: nulla dunque di più naturale, che i compilatori non ne abbiano conservato esplicite menzioni. Che però traccie ne siano rimaste, fu già dallo Zachariae e dagli altri citati avvertito. Anzitutto mi par difficile negare che una tal traccia contenga il fr. 5 *si ususfr.* (7, 6): « quum inuito se negat ius esse utendi fructuario vel (« intendit ») *sibi ius esse prohibendi.* » Il Lenel veramente (*Ztschr.* cit., pag. 74)

trova che queste ultime parole non possono essere che una perifrasi dell'*intentio* della negatoria allo scopo di mostrare che pur in quest' ultima l' attore si fondava su un diritto proprio (cfr. anco lo Pseudo-Teofilo 4, 6, 2) e non solo sulla mancanza del diritto altrui; la quale osservazione applicata alla pretesa proibitoria sarebbe « mehr als trivial. » Io faccio però osservare come il frammento come ora si legge non può assolutamente dare quel senso, che il Lenel vuole; (1) osservo poi che anzi da un contro-senso « negat — sibi ius esse prohibendi: » controsenso, che tradisce una avvenuta mutilazione, la quale dovette cancellare qualche notizia relativa alle formule. E appena è possibile dubitare che il testo genuino di Ulpiano fosse a un di presso il seguente: « quum inuito se negat ius esse utendi fructuario; [nam perinde est atque in formula prohibitoriae actionis, qua intendit] sibi ius esse prohibendi. » I frettolosi compilatori hanno cancellato le parole intermedie e sostituito un « uel » senza accorgersi che precede un *negat.* E il ragionamento di Ulpiano procede correttissimo: non bisogna stare alla lettera della formula, si pensi che il fondamento della *negatoria* — dice egli — è sostanzialmente identico a quello della proibitoria, in cui niuno dirà che l'attore non accampa un proprio diritto. — L'altro passo ordinariamente citato è il fr. 11 *si servit.* (8, 5), in cui si fa la questione se, volendo un condomino edificare nel luogo comune *inuitis ceteris,* questi possano « cum eo ita agere: — « IUS SIBI PROHIBENDI ESSE » uel « illi ius aedificandi non esse. » — Questo passo mi sembra di gravissima importanza, poichè evidentemente Marcello qui pone a riscontro una *intentio* con un'altra e si riferisce a due rimedii assai affini e nel caso equipollenti, uno dei quali è la negatoria, l'altro un'azione, in cui anzichè della mancanza di diritto nel convenuto, si fa menzione del diritto di proibire dell'attore. Or si consideri anche che e l'uno e l'altro rimedio sono, come due specie dello stesso genere, contrapposti da Marcello alla confessoria (« ius sibi esse aedificare »); talchè l' affermazione di Stefano non può da questo passo

(1) Almeno in luogo del « uel » si dovrebbe allora leggere « id est » ovvero « hoc est. »

non ricevere una conferma sicura e l'altro frammento di Ulpiano una luce assai opportuna. Riferire come già lo Stephan l. c. p. 274 ed ora assai più ingegnosamente il Lenel, *Ztschr.* cit. p. 76-78, la frase « ius sibi prohibendi esse » alla *operis novi nuntiatio* (cfr. D. 43, 25, 1 pr.), non è punto consentaneo all' intima armonia del frammento. Marcello contrappone proprio le due *intenzioni* come quelle di due formule gemelle alla intenzione della confessoria e niuno pretenderà che Marcello peccasse di quella confusione, che il Lenel addebita ai bizantini recenziori (1).

Ne' Digesti quindi non mancano le vestigie della proibitoria e tanto deve bastare, ove si consideri trattarsi di un rimedio, che, come ora vedremo meglio, ai tempi di Giustiniano aveva perduto qualunque ragione di mantenersi in vigore.

IX.

La formula proibitoria fu probabilmente il modo, con cui primamente si applicò la formula petitoria allo scopo di escludere le indebite usurpazioni di servitù da parte dei terzi. — E infatti il concetto di « prohibere » è quello che a tutta prima si affaccia alla mente: d'altra parte la formula così concepita: « Si paret A° A° ius esse prohibendi cet. » non presenta l'apparente anomalia di fondar la pretesa sulla mancanza del diritto altrui e non sull'esistenza del diritto proprio. È verissimo che quest'anomalia è solo apparente e la differenza solo formale; ma chi ripensi alle condizioni dell'antica procedura formulare, chi ricordi la cura che i giuristi da Ulpiano allo Pseudo-Teofilo pongono nel far rilevare la condizione reale delle cose, troverà sommamente probabile che la formula petitoria rivestisse qui un

(1) La negatoria è concessa al condomino non solo da Marcello, ma anche — a ben vedere — da Pomponio: cfr. D. 8, 2, 27, 1 « *invito socio* in re communi *non habeas ius aedificandi*: » qui è manifesta l'allusione alle parole della formula: il giurista vuol provare che questa s'adatta al caso.

carattere positivo, anzichè negativo. La contrapposizione fra « ius non esse » e « ius esse » dovette invece, sull'analogia delle antiche *legis actiones*, continuarsi nella sponsione e contro-sponsione, quando si preferisse agire per mezzo di queste; nè so qual fondamento possa addurre il Lenel per la sua asserzione che nelle *sponsiones* sovratutto dovette farsi parola del *ius prohibendi*. La sponsio verteva sull'esistenza o meno del diritto controverso. — Tuttavia la formula « Si paret A° A° ius esse prohibendi » non poteva bastare a tutti gli scopi. Non fa bisogno di grande perpiscacia per intendere (cfr. Zachariae l. c., Pernice, *Comm.* cit. p. 170 sg.) come si possa bensí impedire e proibire ciò che non è ancor fatto, o che fatto può essere ripetuto; ma non ciò che è già stato compiuto nè è suscettibile di ripetizione. In altre parole si capisce come si possa dare una formula del seguente tipo : « Si paret A° A° ius esse prohibendi N^m^ N^m^ altius tollere » o « ire per agrum Capenatem; » ma non s'intende come si possa agire così: « Si paret ius A° A° esse prohibendi N^m^ N^m^ ita aedificatum habere. » E fu allora che si dovettero vincere le ritrosie per una concezione negativa della formula e proporre la notissima « Si paret N° N° ius non esse, ecc. » (1). — L'introduzione però della formula nuova, la quale come più comprensiva rimase predominante nell'uso, non fece cancellare dall'albo l'antica. Non era questo nell'indole del diritto romano, in cui i tipi vecchi sogliono sussistere lungamente accanto ai nuovi prima di scomparire totalmente. Si pensi alla continuazione della formula *in factum* delle azioni di commodato e di deposito accanto alle recenziori formule *in iure* e si troverà punto inverosimile la continuazione della proibitoria allato alla negatoria, senza che perciò dobbiamo collo Zachariae stimare indegno del pretore il dilettarsí quasi di giochi di parole.

Ragioni speciali che invece spingessero il pretore a far questo, e cioè usi particolari della proibitoria, a cui si mostrasse inetta la negatoria, io non saprei vedere nè credo

(1) Non ardisco sostenere che sia in rapporto con tale affermazione il fatto che l' intentio « ius non esse ita aedificatum habere » è attestata prima dell'altra « ius non esse aedificare », su di che v. VOIGT. l. c. p. 219.

che le nostre attuali cognizioni di diritto e procedura romana ci permettano d'investigare. — Lo Zachariae aveva (sul fondamento precipuo del fr. 11 *si ususfr.* (7, 6) in verità sostenuto che la sola proibitoria e non la negatoria fosse esperibile da un condomino contro l'altro, poichè non era possibile dire che questi non avesse assolutamente il diritto. Ma questa conclusione non può ricavarsi dal passo marcelliano; ivi si parla del *ius prohibendi* in genere, comprendendovisi le due azioni negatoria e proibitoria (1) che si contrappongono così alla confessoria. Del resto nulla osta a che il condomino possa convenirsi colla negatoria; la formula non è assoluta, come sembra credere lo Zachariae; ma precisamente relativa, stante l'inciso « invito A° A° » (2). Più strano mi pare che all'acume dell'insigne giureconsulto alemanno sia sfuggita l'aperta allusione che fa Pomponio all'uso della formula negatoria per parte del condomino contro il condomino (3). — Lo Zachariae (4) aveva anco sostenuto la impossibilità logica di una negatoria publiciana e invece ammesso che si potesse e dovesse dare all'uopo una proibitoria publiciana. Ma il ragionamento del maestro venerando si basa pur sempre sulla inosservanza di quelle due parole « invito me, » che tolgono alla formula quel carattere generico e assoluto, che contrasterebbe con molte delle sue applicazioni (5).

X.

Il prof. Voigt *(Ueber den Bestand und die hist. Entw. der Servituten* l. c. p. 220 sg.) ha, pur accettando l'esistenza

(1) Cfr. p. e. D. 8, 5, 8, 3 « Dicit igitur Aristo — PROHIBERE POSSE FUMUM IMMITTERE — agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat IUS EI NON ESSE FUMUM IMMITTERE » (cioè colla *negatoria*).

(2) Cfr. PERNICE, *Comm.* cit. p. 171 sg.

(3) D. 8, 2, 27, 1 « quia *invito socio* in re communi *non habeas ius aedificandi.* »

(4) L. c. p. 287.

(5) Recentissime comunicazioni dell'insigne maestro m'informano che egli stesso ammette che la formula proibitoria « keinerlei specielle Function im Gegensatze zur negatoria hat. »

di una formula proibitoria, esposta una ben diversa teoria. Come il processo formulare venne svolgendosi e perfezionandosi, si ebbero per le servitù prediali urbane due formule: « Si paret ius non esse aedificandi » e « si paret ius non esse ita aedificatum habere » — questa con funzione restitutoria, quella con funzione meramente proibitoria. Per l'usufrutto invece non c'era che il vecchio tipo « Si paret ius non esse utendi fruendi », al quale però si continuò ad annettere efficacia restitutoria; mentre per la funzione meramente proibitoria si venne poi creando il *tipo proibitorio*, su cui c'informa Stefano, mediante il quale si ottenne così un compiuto parallelismo cogli interdetti proibitorii e restitutorii. — Noi non possiamo in alcun modo accogliere tali idee. Anzitutto non ci pare giustificato il restringere all'usufrutto il tipo proibitorio: Stefano invece ne parla in riguardo ad esso, ma pur con termini affatto generali per gli ἀσώματα ossia per le *res incorporales*. Il passo marcelliano (D. 8, 5, 11), secondo la nostra esegesi, parla del tipo proibitorio precisamente in ordine ad una servitù prediale urbana. — A tutto questo deve aggiungersi il nessun bisogno che vi sarebbe stato di creare il tipo proibitorio, data la preesistenza dell'altro « ius non esse utendi fruendi ». Che, trovato insufficiente un tipo, se ne sia creato un altro più efficace e comprensivo, pur mantenendosi in vita il primo, è cosa facilmente concepibile e pienamente conforme all'indole dello sviluppo del diritto romano. Ma la creazione di un tipo meno efficace dopo quello più comodo e più comprensivo non è in modo alcuno ammissibile e tanto meno pel diritto romano; disconoscere questo equivale a rinunciare ad uno dei più sicuri criterii per fissare la relativa cronologia degli istituti.

IL CONCETTO GIURIDICO DEL TESORO

NEL DIRITTO ROMANO E ODIERNO

MEMORIA DEL PROF. M. PAMPALONI

De Retes, *Diss. de thes.* (Meerman, *Thes. I. C.* 1753, vol. 7, p. 303 e seg.) (insignificante); De Man, *De Thesauro* (Oelrichs, *Thes. diss. jurid.* Lipsiae 1769, vol. 1, tom. II, p. 303 e seg.); Ortloff, *Comm. I. R. de thes.* Erlangae 1818; Köchy, *Civil. Erört.* Leipzig 1797, n. VII, p. 158 e seg.; W. Sell, *Versuche*, Giessen 1833, I n. II, p. 142 e seg. n. III, p. 145 e seg.; Gans, *Verm. Schriften*, Berlin 1834 I n. II, p. 47 e seg.; Schwach, *Haimerl's Vierteljahresschrift* XII, p. 115 e seg.; Gimmerthal, *Archiv. für d. civil. Praxis* vol. 51, n. IV, p. 63 e seg. vol. 52, p. 521 e seg.; Zeidler, *Die Rechtsverhält. am Schatz*, Berlin 1880 (discreta tesi di laurea); André, *Lehre vom Schatz*, Berlin 1884 (mediocre c. s.); Galvani, *Del Tesoro*, Pallanza 1883 (men che mediocre). Altri, a me sconosciuti, ved. in André (moderni) e in Köchy (antichi). Pure a me sconosciuto: A. Thomas Latour, *de l'inv. des trésors* (Revue de legisl. de M. Wolowski 1852, t. II, p. 44 e seg.).

1. Il concetto giuridico del tesoro sorse nel diritto romano quando fu ammesso che certe cose alicuius, rinvenute sotterra ed ivi deposte a scopo di custodia, fossero acquistate ad altri, e non sul fondamento dell'usucapione. Il qual principio, fissato nel secondo secolo dell'impero e accolto nel Corpus Juris, è passato nei CC. odierni (1). Perciò l'argomento del tesoro è tuttavia di pratica importanza; e anche nel campo del diritto penale. Si disputa infatti da alcuni, soprattutto in certe legislazioni, se l'inventore di un tesoro, che se l'appropria indebitamente per intero, commetta un furto improprio; per la metà o per tutto il tesoro a seconda dei casi. E in tal proposito s'è visto appunto il Carrara rimanere perplesso di fronte al C. Penale Sardo, che non fa esplicita menzione del caso, e dichiarare « che la soluzione del dubbio.... « dipende dal decidere se il tesoro debba noverarsi fra le « cose smarrite o piuttosto fra le cose derelitte » (2). Il che sebbene, come io credo, non esatto, riesce pur notevole. E sempre a riguardo del furto di tesoro, il Carrara soggiunge: « Ma sarà tesoro quello soltanto che fu nascosto dalla mano « dell'uomo od anche quello che fu sotterrato dal caso, come

(1) C. Prussiano I, 9 § 74 e seg.; Austriaco, § 398-401; Francese, art. 716 (Italiano, art. 714).

(2) *Programma di D. Crim.* 1875, vol. IV, § 2106, p. 630.

« dal terremoto....? Questo non mi parrebbe.... È l'occulta-
« mento volontario del padrone che rivelando chiaro l'animo
« di conservare repugna all'idea di abbandonare (?). E queste
« cose divengono nullius, perchè non esiste chi possa dar
« prova di essere stato egli l'occultatore. Ma le altre *(quelle*
« *sotterrate dal caso)* assomigliano piuttosto alle cose smar-
« rite ». Tutto ciò (chiare, o meno chiare, le parole riferite)
mostri l'importanza pratica anche attuale del tema che mi
son proposto, e in genere della teoria giuridica del tesoro.
Certo, l'importanza non agguaglia, a ogni modo, quella d'altri
tempi (1). L'età nostra, relativamente pacifica, offre facilità
e sicurezza di mutui; nè a custodire i beni mobili più pre-
ziosi v'è bisogno nasconderli sotterra. I popoli antichi invece
hanno avuto vivissimo il costume del sotterramento custodiae
caussa (2), dopo che si fissarono in determinati territori e
usarono metalli preziosi e moneta coniata. E così anche il
popolo romano, quando massimamente salito in potenza e in
ricchezze, agitò tutto il mondo di guerre (3); e ricordi di un
tal costume presso i romani s'incontrano di frequente negli
scrittori classici (4).

Le fonti offrono in più luoghi una nozione giuridica del
tesoro: « vetus quaedam pecuniae depositio cuius non extat
memoria » (Paolo, l. 31, § 1, D. de a. r. d. 41. 1): « condita
ab ignotis dominis tempore vetustiore mobilia » (Leone, c. un.
C. de thes. 10, 15) (5): coi quali si accorda anche uno di
Cassiodoro *Var.* VI. 8: « depositivae pecuniae, quae longa
vetustate competentes dominos amiserunt ». E tuttavia il
concetto giuridico del tesoro dà luogo a quistione. La quale
non s'intende, se non premettendo la trattazione d'un'altra
relativa al fondamento dell'acquisto del tesoro; e questa alla
sua volta ne richiama tre altre, e richiama pure un cenno

(1) Ortloff, p. 1.

(2) L. 31 D. de a. r. d. 41. 2 *(lucri caussa, vel metus vel custodiae)* cfr. l. 15 in f. D. ad exhib. 10. 4.

(3) V. sui tesori sepolti nelle guerre civili le citazioni di Rudorff in Savigny, *Traité de la poss.* (trad. Staedtler) Paris, 1879, p. 638.

(4) Cfr., p. e., De Man, p. 310 e seg.

(5) C. 2 C. Theod. de thes. 10. 18: « condita ab ignotis dominis tempore vetustiore monilia ».

alle vicende storiche delle disposizioni giuridiche intorno al tesoro.

2. Le disposizioni giuridiche intorno al tesoro variarono esclusivamente nell'epoca imperiale. Il che attesta non solo che i rapporti giuridici del tesoro hanno avuta presso i romani importanza maggiore che non presso di noi (1), ma altresì che questa (per ragioni facili a comprendersi e già adombrate) non fu mai così grande come nell'epoca imperiale. Una cost. di Adriano di data incerta segna il primo punto sicuro nella storia giuridica del tesoro. Essa stabilì in generale che il tesoro scoperto per caso spetta metà all'inventore e metà al dominus loci; mentre il tesoro scoperto *data opera* interamente all'inventore. Prima di Adriano, nessuna notizia positiva sopra la condizione giuridica del tesoro; e gli scrittori vanno in congetture. Dopo Adriano, le notizie abbondano; e gli scrittori disputano nel valutarle.

È opinione comune esservi stato prima di Adriano un periodo (2) in cui il tesoro appartenne al fisco; ma v' è diversità nello stabilire la condizione giuridica del tesoro per l'innanzi. I più (3) affermano che, avanti s' attribuisse al fisco, il tesoro spettava al dominus loci; qualcuno (4) all'inventore; qualcun altro (5) vuole si disputasse se a questo o a quello. Ecco poi, in succinto, come si descrivono dagli scrittori le sorti dell'acquisto del tesoro da Adriano in poi.

---

(1) Ortloff, p. 7.

(2) Da alcuni attribuito al regno di Nerone (ved. p. e. Schrader, *Institutiones Iust.* ad § 39 de r. d. 2. 1 p. 212), dai più non determinato (Köchy p. 168; Zeidler p. 2; Maynz, *Cours de* D. R. 1877, vol. I, p. 709, n. 13 etc.).

(3) Schrader, l. c. (con maggiori citazioni che alcun altro); Dernburg, *Pandekten* 1377, I § 206 (che cita la l. 3 § 3 D. de a. vel o. p. 41. 2); Sell, *Lehre der dingl. Rechte* Bonn. 1852 p. 84; Gimmerthal, vol. 51 cit, p. 61, n. 3 (cfr. p. 63-64, n. 2); Zeidler, p. 2; André, p. 7. — Qualcuno, che accede all' opinione comune, crede che il tesoro fosse ridato ai privati da Nerva (invece che da Adriano). Cfr. i citt. da Zeidler, p. 2, n. 5 e Ortloff, p. 6, n. 7. Contro: Köchy, p. 163 nota *f*. — V' è anche chi non determina la condizione del tesoro avanti che spettasse al fisco: p. e. Maynz, l. c.

(4) Cfr. Puchta, *Institutionem* 1881, II § 241, p. 221. Così anche que' pochi che negano esservi stato un periodo anteriore ad Adriano in cui il tesoro spettava al fisco: Maiansio, *Comm. ad XXX Iurisc. Fragm.* I, p. 118-119; Accarias, *Précis de* D. R. 1882 I § 249 (in nota 2 riferisce non bene il fondamento dell'opinione comune).

(5) Köchy, p. 201, n. 5 (sul fondamento della l. 3 § 3 D. de a. vel o. p. 41. 2); De Man, p. 325.

Prescindendo da una lieve modificazione fissata da M. Aurelio, Antonino e L. Vero (1), il diritto Adrianeo avrebbe avuto vigore fino a Caracalla e per tutto il regno di lui, come da varî luoghi de' Digesti (2). Dopo Caracalla, secondo i più (3), il tesoro torna al fisco, pur non lasciandosi precisare il quando. Certo, notano, il nuovo principio esisteva sotto A. Severo; perchè, secondo Lampridio, egli attribuiva i maggiori tesori al fisco e concedeva i minori a chi li trovasse: ciò che presuppone il tesoro fosse ex jure una regalia. Alcuni versi del poeta Calpurnio fanno ritenere a tutti gli scrittori (4) che Caro e Carino concedessero per intero il tesoro all'inventore. Siccome però la c. 1 C. Theod. de thes. 10. 18 di Costàntino stabilisce che il tesoro spetta metà al fisco e metà all'inventore, così i più (5) ne inferiscono che il tesoro, dopo Caro e Carino e precisamente sotto Diocleziano, tornò al fisco. La disposizione di Costantino sarebbe stata poi abolita dalla c. 2 C. Theod. de thes. di Graziano, Valentiniano e Teodosio; la quale si può dire ristabilisse il diritto Adrianeo, eccetto che ne' congrui casi accordò all'inventore un quarto del tesoro invece della metà. Secondo il Puchta (6), dopo Graziano il fisco sarebbe tornato ad avere i tesori; tanto in occidente nello stato ostrogoto quanto in oriente: congettura, la quale a riguardo dell'oriente si appoggia più che altro sulla circostanza che nella c. un. C. de thes. 10. 15 (a. 474) Leone I e Zenone confermano espressamente il diritto Adrianeo, salva una modalità di poco momento. Nella stessa guisa altri scrittori (7) rilevano dalla Nov. 51 di Leone VI

(1) Ved. p. e. Köchy, p. 177; Schwach, p. 120 (Argomentano dalla l. 3, § 10 D. de jure fisci, cui però danno diversa portata).

(2) Köchy, p. 178; Schwach, p. 121; Zeidler, p. 2.

(3) Cfr., p. e.; Köchy, p. 179; Schwach, p. 122 (secondo il quale prima avrebbe preceduto un' altra mutazione — Ortloff, p. 14 argomenta dalla l. 31 D. de a. r. d. 41. 1 che a' tempi di Paolo il tesoro spettava tutto all'inventore.

(4) Cfr. p. e. Köchy, p. 182; Schwach, p. 122-123.

(5) Köchy, p. 190; Maiansio, l. c. pag. 120-121; Westphal, *System über die Arten der Sachen* etc. Leipzig 1788, p. 307 Schwach, p. 123.

(6) L. c., p. 222.

(7) Ortloff, p. 20; Gimmerthal, vol. 51 cit. n. 4; W. Sell, p. 150, n. 2; Zeidler, p. 127-128, n. 38.

che le disposizioni di Leone I, durate tutto il regno di Giustiniano e andate in desuetudine dipoi, furono ristabilite dalla Nov. citata. Cosicchè, in conclusione, il fisco avrebbe fatti suoi i tesori cinque volte, e cinque volte i tesori sarebbero tornati ai privati. Eppure di tale avvicendarsi delle sorti giuridiche del tesoro non v' è nelle fonti una vera esplicita indicazione.

Ora si domanda: su qual fondamento giuridico riposò la prima pretensione del fisco ai tesori? I più (1) ritengono si applicasse loro la qualità di bona vacantia. Se il tesoro può esser ritenuto e giuridicamente trattato come cosa nullius, perchè non come cosa sine herede? Tuttavia nessun luogo delle fonti vi accenna. Secondo lo Schrader (2), il diritto del fisco al tesoro provenne da due cause: la prima, che essendo il territorio provinciale considerato proprietà del popolo o dell'imperatore potè ritenersi ex jure communi che una porzione del tesoro spettasse al fisco, quando il tesoro era trovato in fondi provinciali: la seconda, che i diritti del fisco per prepotere dei principi e per servile timore o adulazione dei sudditi si estesero oltre misura. Ma, atteso il silenzio delle fonti, crederei si dovesse dare maggiore importanza alla prima, che ha carattere giuridico. Ed ecco come, in ordine ad essa e tenendo conto di altre considerazioni, si delineerebbe, più semplice se non più certa, la storia delle disposizioni relative al tesoro.

È opinione recente, ma cresciuta in favore (3), che nell'antico diritto non si richiedesse buona fede all' acquisto per usucapione; ed è opinione correlativa, non difficile, credo, a dimostrarsi, che di cose vacuae possessionis non si dava furto. Inoltre il principio accolto nelle Pandette, che il possesso di un fondo non implica il possesso delle cose ivi sotterrate, non era ammesso nel diritto romano più antico. Certe astrazioni giuridiche, intuitive per noi, non son sem-

---

(1) Cfr. p. e. PUCHTA, l. c., p. 221; BÖCKING, *Pandekten* 1855 II § 150, p. 131; GIMMERTHAL, vol 51 cit. n. 2 in f.; SCHWACH, p. 121. Diversamente: ORTLOFF, p. 8.

(2) L. c., p. 212 in n.

(3) DERNBURG, *Pandekten* 1885 I § 219 n. 3 e i citt. ibid.; VOIGT, *XII Tafeln*, Leipzig 1883 I § 91 n. 31. Cfr. anche ESMEIN, *Mélanges d' hist. du droit*, Paris 1886 p. 171 e seg.

pre apparse tali, comunque a versati nel diritto. Sappiamo dalla l. 3, § 3 D. de a. vel. o. p. 41. 1 (di Paolo) Proculo aver negato quanto asserivano Bruto e Manilio, che l'usucapiente un fondo usucapisca sempre le cose ivi sepolte custodiae caussa. E Proculo (si noti bene) ammetteva anche lui, che il possesso del fondo desse il possesso delle cose sotterrate, ma non già senza saperlo; il che poi nell'opinione di Proculo, giureconsulto posteriore d'assai a que' due, escludeva l'usucapione a causa della mala fede. Ciò posto, la quistione delle cose sotterrate custodiae caussa aveva nel diritto antico aspetto ben diverso dall'assunto dipoi. Essa si agitava tra uno de' precedenti possessori del fondo e il possessore attuale, e sempre sul fondamento dell'esservi stata o no usucapione. Chi senza possedere il fondo vi scopriva cose sotterrate non poteva pretenderle; perchè di regola, o le cose erano nella proprietà del possessore attuale o del precedente; e così, di regola, non occupabili senza furto. Un concetto giuridico del tesoro quale si formò dipoi non era possibile già (a tacer d'altro) per questo, che il mero possesso delle cose sotterrate valeva ad acquistarle, e il possesso si aveva col possesso del fondo. Quando la buona fede divenne requisito dell'acquisto per usucapione, la condizione giuridica delle cose sotterrate custodiae caussa non mutò di molto, perchè a cose ereditarie il requisito non fu richiesto (usucapio lucrativa pro herede). L'usucapione delle cose sotterrate custodiae caussa viene esclusa allora, tutt'al più, finchè vive il proprietario; e lo scopritore come tale resta tuttavia impedito (normalmente) d'ogni pretesa. Più tardi, quando s'affermò che il possesso di un fondo non implica il possesso delle cose sotterrate, allora fu agevole all'inventore di quelle sotterrate custodiae caussa di elevare pretese alle medesime sul fondamento dell'usucapione (usucapio lucrativa p. h.). S'è visto nondimeno come, anche sotto l'impero, il principio accennato fosse sostenuto da Labeone e Sabino (1), e respinto da Proculo. Le quali incertezze della giurisprudenza si davano proprio nel mo-

(1) L. 15 D. ad exhib. 10. 4; l. 3 § 3 D. de a. vel o. p. 41. 2.

mento in che le scoperte di cose sotterrate custodiae caussa avvenivano più frequenti e più importanti. Intanto Adriano abolisce, com' è noto, l'usucapio lucrativa pro herede. Allora il fondamento su cui i possessori di fondi e gli inventori pretendevano alle cose sotterrate custodiae caussa vien meno; nè è più possibile che oggetti di recente sotterrati cadano in proprietà altrui. Sorgeva però una nuova quistione: *quale la condizione giuridica delle cose sotterrate custodiae caussa da tanto tempo che fosse a prevedere impossibile un rinvenimento del proprietario?* Se il ritrovare un tesoro avesse rappresentato a' tempi d'Adriano un sì piccolo interesse come a' tempi primi della repubblica o come oggidì, non dubito avrebbero deciso i criteri dell' occupazione. È noto che in diritto romano gli animali selvatici si acquistavano anche cacciando su fondo altrui invito domino: invece nel diritto germanico gli animali cacciati su fondo altrui cadono ministerio legis in proprietà del dominus loci. La differenza ha ragione nel fatto che la caccia nell'economia de' romani e de' germani rappresenta un interesse molto diverso (1). Questa idea, non nuova di certo, del diritto che si determina secondo il diverso interesse economico, chiarisce la speciale condizione giuridica stabilita da Adriano per le veteres pecuniae depositiones; e chiarisce pure, in particolare, la differenza giuridica che si riscontra nel diritto romano fra il tesoro e la caccia in riguardo al dominus loci. Adriano (2) contemperò le pretese dei proprietari di fondi e degli inventori in tre massime. Con la prima, seguendo un principio di naturale equità, fissò che se qualcuno ritrovava nel proprio fondo una vetus pecuniae depositio, ne acquistava la proprietà; massima (ricordiamolo) sconosciuta al diritto anteriore. Con la seconda, fissò che le veteres pecuniae depositiones, trovate per caso in fondo pubblico o privato da persona diversa dal proprietario, spettavano per metà allo stato o al proprietario e per metà all'inventore. Con la terza, fissò che le veteres pecuniae de-

(1) IHERING, *Jahrb. für d. Dogmatik* vol. 23 p. 214 e seg.

(2) § 39 Inst. de r. d. 2. 1; Sparziano. *Vita Hadr.* c. XVIII.

positiones trovate data opera spettavano per intero allo stato o al proprietario del fondo. L'ultima sopra tutte faceva ragione alle pretese de' proprietari di fondi; e vuolsi tanto più avvertita, perchè, come ho rilevato, il cacciare in un fondo altrui non diminuisce nè esclude il diritto d'occupazione del cacciatore. — Le disposizioni di Adriano, salvo lievi modificazioni, son rimaste, a mio avviso, la base del diritto sui tesori sino a Giustiniano e più oltre. Sappiamo di concessioni di tesori fatte da A. Severo e forse da Caro e Carino; ma riguardano i trovati nelle provincie, che a rigore di diritto poteva ritenersi spettassero per metà al fisco. E gli imperatori ora la esigevano, ora la rilasciavano, interamente o con restrizioni, quali appunto A. Severo. Mutata sotto Diocleziano la costituzione dell'impero, il diritto ai tesori doveva tornare in incerto. Ma lo svolgimento del diritto di proprietà reclamava s'estendessero a tutto l'impero i principî vigenti per i tesori trovati in fondo italico. E non può affermarsi sul fondamento della c. 1 C. Theod. de thes. 10. 18 che Costantino, o per avarizia o per errore, attuasse principî diversi; perchè la costituzione citata sembra intesa a rimediare a un difetto dell' antico diritto relativo alle provincie, più che a costituire un nuovo diritto per tutto l' impero (1). Graziano, Valentiniano e Teodosio fissarono il diritto de' tesori per tutto l'impero; e nel senso migliore; confermando cioè le disposizioni Adrianee, salvo che (come s' è accennato) in concorrenza col dominus loci dettero all'inventore un quarto invece della metà. L'ipotesi, che il diritto dei tesori mutasse dipoi in favore del fisco, apparisce convalidata dalla cost. di Leone I (a. 474) citata; che ripristinando in tutto il diritto Adriano, non sembra ricongiungersi alla precedente. E nondimeno io ritengo (2) la cost. di Leone avesse motivo nella ignoranza delle po-

---

(1) Il diritto del fisco alla metà del tesoro dava adito a molte vessazioni, sia per la disposizione Adrianea relativa al tesoro scoperto data opera, sia per il principio di cui alla l. 3 § 1 D. de jure fisci 49. 14. Costantino volle si stesse alle dichiarazioni degli inventori, quando spontanei recassero al fisco la parte dovuta. Cfr. in senso contrario: Köchy p. 185-186.

(2) D'accordo: Köchy, p. 197; cfr. André, p. 10.

polazioni orientali circa lo stato del diritto ai tesori. Infatti dalla c. 3 C. Theod. de thes. 10. 18 apparisce che dieci anni dopo la cost. di Graziano sopra citata s'ebbe occasione di doverla confermare in rapporto al diritto del dominus loci sui tesori da lui ritrovati: e nessuno, credo, vorrà inferirne che il diritto de' tesori fosse nel frattempo cangiato un'altra volta. E conferma del diritto Adrianeo è pure, secondo me, la Nov. 51 di Leone VI, motivata dagli arbitrii di pubblici funzionari; i quali, senza che fosse intervenuto alcun mutamento legislativo, l'avevano quasi messo in disuso. Le acerbe parole, ivi contenute, a rampogna del fatto che fosse stata tolta efficacia alla legislazione giustinianea, non lasciano dubbio sul carattere della cost. di Leone; in quanto specialmente si dichiara di ignorare perfino come fosse raziocinata la pretesa del fisco a' tesori.

3. Ecco ora le tre quistioni, che si collegano a quella del fondamento giuridico dell'acquisto del tesoro.

Una, se il diritto attribuito al dominus loci sia un jus ad rem o piuttosto un diritto reale (comproprietà). E a me pare, tenendo anche conto del come si venne al diritto Adrianeo, sia un diritto reale, quale lo richiara l'opinio communis (1).

Un'altra, se l'inventore acquisti la sua parte per l'acquisto del possesso o per il fatto della scoperta. Anzi, poi che il momento dell'acquisto per parte del dominus loci deve coincidere col momento dell'acquisto per parte dell' inventore, la quistione s'afferma, più in generale, così: *l'acquisto del tesoro avviene come l'acquisto delle res nullius o in modo diverso per l'atto della scoperta?* Atto della scoperta è, per i più (2), l'atto che rende visibile (anche in parte) il tesoro,

---

(1) V. i citt. dal WINDSCHEID, *Pandekten* 1887 I § 184 n. 10; SCHWACH, p. 132; ZEIDLER, p. 48; ANDRÉ, p. 38 e altri. Contro, i citt. dal BRINZ, *Pandekten* 1873 I p. 572 n. 65. Gli argomenti in favore dell'opinione dominante sono svolti da W. SELL, p. 177 e seg. e da ZEIDLER, p. 48 e seg. Per alcuni (ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* I § 154 n. 7) è specialmente la l. 63 D. de a. r. d. 41. 1, che non lascia dubbio in tal senso. L'opinione avversa trova appoggio nella l. 31 § 1 D. de a. r. d. 41. 1 (ZEIDLER, p. 49). — L'opinio communis è incontrastata nella giurisprudenza dei CC. francese e italiano.

(2) AUBRY e RAU, *Cours de D. C. F.* 4 éd. Paris 1869 II § 201 alla n. 30; PACIFICI-MAZZONI, *Ist. di D. C. I.* 3 ed. Firenze 1884, III, p. 191; e in generale, tutti i commentatori dei Codici Francese e Italiano.

sebbene chi lo compie non l'abbia nè conosciuto nè visto; per alcuni (1), l'atto per cui si rivela l'esistenza del tesoro, per quanto il tesoro rimanga tuttavia invisibile; per altri (2), l'atto di vedere il tesoro. La quistione importa, sia perchè la scoperta, comunque definita, può precedere la presa di possesso (3), e altro essere lo scopritore e altro l'occupatore; sia perchè l'acquisto di possesso in persona propria domanda requisiti subiettivi che non domanda, secondo i più (4), la scoperta.

La teoria, chiamiamola così, della scoperta, sebbene avesse avuto l'assenso della Glossa (5), non trovò seguito nella giurisprudenza del diritto comune (6) (7). Riapparsa invece non ha guari presso gli scrittori tedeschi di diritto romano, accenna a divenire dominante (8). Eccone gli ar-

(1) BORSARI, *Comm. del C. C.* I. III § 1529: « E scoperta intendiamo, non l'aver messo in vista e alla luce.... ma soltanto l'aver potuto indicare la sua esistenza ».

(2) GLOSSA, ll. cc. alla n. 33.

(3) W. SELL, p. 173 n. 1.

(4) ZEIDLER, p. 17. 56 in pr., 57 in f.; cfr. anche WÄCHTER, *Pandekten* 1880 p. 135; DERNBURG, *Krit. Zeitschr.*, Heidelberg 1853. I n. 148. Ritiene che la scoperta abbia i requisiti subiettivi dell'occupazione la Glossa (cfr. AZONE, *Summa in Cod.* de thes. 10. 15 § 3) e v. anche ANDRÉ, p. 22-23.

(5) Glossa *qui invenerit* ad l. 31 § 1 D. de a. r. d. 41. 1 (LANDSBERG, *Die Glosse des Accursius* Leipzig 1883 p. 217) e in altri luoghi (W. SELL, p. 172). V. anche le glosse citate da SAVIGNY, o. c. p. 217 n. 1, e v. AZONE, l. c. (cfr. Glossa ad § 18 Inst. de rer. div. 2. 1).

(6) V. i citt. da W. SELL, p. 172 n. 1 e p. 175 (Carpzov, Perez, De Berger, Pufendorf, Lauterbach). Si aggiunga i più insigni de' Culti: p. e. (espliciti) DONELLO, *Comm. I. C.* IV 14. 3; VOET, *Comm. ad P.* 41. 1 §§ 9. 11 e i citt. ibid.; e tutti i romanisti alemanni della prima metà del secolo, e tutti in generale quelli che trattarono ex professo della proprietà (Westphal, Gesterding, K. Sell, Schmid, Pagenstecher). Badisi di non confondere coi seguaci della teoria della scoperta quanti ritengono che ad acquistare il possesso di una cosa inanimata basti averla veduta, e non importi un toccarla o un darle di piglio. Si sa esservi stata qualche incertezza in proposito sul fondamento delle note parole della l. 1 § 21 D. de a. vel. o. p. 41. 2: « non est enim corpore et actu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu. » Cfr. anche POTHIER, *de la Propriété* § 63. Il RINALDI p. e. ha appunto accolta di fronte al nostro Codice l'idea di una occupazione oculis et affectu (*Proprietà mobile* Milano 1881 III p. 34-35, p. 90-91, p. 139). A torto asserisce il DERNBURG, l. c. alla n. 52, che la teoria, chiamiamola così, dell'occupazione è nata dalla smania moderna di astratte sistematizzazioni.

(7) Fra i Codici, è assolutamente esplicito per la teoria dell'occupazione il C. Sassone § 233.

(8) WINDSCHEID, o. c. § 184 n. 9 e i citt. ibid.; BARON, *Pandekten* 1882 § 138; DERNBURG, *Pand.* cit. § 206; ZEIDLER, § 3 e § 15; ANDRÉ, § 4 e i citt. ibid. alla n. 5; GIMMER-

gomenti. E prima di tutto, che nelle fonti a designare l'azione con la quale l'inventore acquista è adoperata quasi esclusivamente la parola *invenire*, e soltanto in alcuni luoghi *reperire*, ma al tutto nello stesso significato (1): neppure una volta la parola *occupare, apprehendere* o simili (2). In secondo luogo, osserva qualcuno (3), le disposizioni giuridiche del tesoro (massime le penali) non s'intendono, se non dal punto di vista della teoria della scoperta. L'occupazione riguarda le vere res nullius; che si acquistano per occupazione, pur quando essa riesce contra jus, come nel caso di caccia sopra fondo altrui prohibente domino. Invece, nè il tesoro è nullius, nè se la ricerca è avvenuta data opera senza l'assenso del dominus loci, vi è acquisto (4).

Al primo argomento fu notato dal Sell (5) che il § 18 Inst. de r. d. 2. 1 usa la parola *inventor* a indicare l'acquirente delle pietre e delle gemme che si rinvengono sul lido del mare (« statim *inventoris* fiunt »); le quali cose, a esplicita dichiarazione della l. 1, § 1, de a. vel. o. p. 41. 2, non si acquistano (così come la preda bellica e l'insula in mari nata) se non per una presa di possesso. Un recente

---

THAL, ll. citt. alle nn. 41-43. Il PAGENSTECHER, cit. da BRINZ, o. c. I p. 572 non mi sembra appartenga qui.

(1) Cfr. W. SELL, p. 171; WINDSCHEID, l. c.

(2) ZEIDLER, p. 55-56.

(3) ZEIDLER, p. 56.

(4) S'aggiunge da altri che « le disposizioni sopra il tesoro sembrano quasi riflesso « dell'astratta veduta che il tesoro debba considerarsi (come s'accenna in moltissimi « luoghi delle fonti) quale un donum fortunae » (GIMMERTHAL, vol. 51 cit. p. 64-65 cfr. p. 66). « Dobbiamo dunque (si dice) riguardare il tesoro come cosa nella signoria della « fortuna, la quale nel momento stesso della scoperta ne dispone.... e la divide tra l' in- « ventore e il dominus loci » (GIMMERTHAL, l. c., p. 67). L'idea è in quasi tutti i seguaci della teoria scoperta (v. anche ZEIDLER p. 56); ma non ha carattere giuridico (cfr. BRINZ, o. c. I p. 568). Ciò che aggiunge ANDRÉ, p. 20-21 ai comuni argomenti è insignificante.

(5) W. SELL, p. 173. Il Sell osserva (p, 174) che anche nella c. 13 C. de fidejus. 8. 4, *invenire* è usato nel senso di *occupare*. Aggiungo, che quanto alle cose abbandonate dal proprietario il § 47 Inst. de r. d. 2. 1 dice: « si rem *occupaverit* quis, statim eum dominum effici »; mentre (quanto alle stesse cose) la l. 43 § 11 D. de furtis 47. 2 dice: « qui *invenit* suum fecit ». E questa legge ha più volte la parola *invenire* a indicare un'effettiva occupazione: cfr. anche l. 43 § 8 cod., l. 3 D, de div. rer. I. 8, e c. 1 C. Theod. de thes. 10. 18. L'uso della parola « trovare » nel senso indicato è anche della nostra lingua. — Con ciò ogni argomento tratto dalla lettera delle fonti viene a mancare; e lo ZEIDLER, p. 16 n. 39 pare non lo intenda.

seguace della teoria della scoperta nega che le dette cose si acquistino per una presa di possesso. Questa, secondo lui, non è necessaria, se non nel caso in cui lo richiedano certe ragioni di opportunità (1); che ricorrono, per esempio, nelle cose abbandonate dal proprietario, nelle cose appartenenti al nemico, nell'insula in mari nata (2); e non ricorrono invece nelle cose perdute (per l'odierno praemium inventionis ed acquisto eventuale), nei prodotti e nelle cose offerte da natura (salvo quelle oggetto di caccia o pesca) e nel tesoro (3). Ma tutto ciò contro le esplicite dichiarazioni delle fonti, come ho notato. Quanto al secondo argomento, sta contro, a mio avviso, la l. 31 D. de a. r. d. 41. 1 di Paolo; ove l'acquisto del tesoro all'*inventore* vien fondato, senza alcuna particolare avvertenza, sopra il fatto che la cosa è nullius (« .... ut jam dominum non habeat; sic enim fit eius qui invenerit quod non alterius sit »). Il principio che regola lo acquisto delle res nullius è che esse cedano all'*occupante* (4). Poteva il legislatore disporre del tesoro in quanto è res nullius a vantaggio dell'inventore, come in certi casi ne dispone esclusivamente a vantaggio del dominus loci; ma non v'era bisogno di richiamare a fondamento la qualità di res nullius del medesimo. E il richiamarla senza particolare avvertenza addimostra che veramente nella l. 31 cit. la parola « inventore » è usata nel senso di « occupatore » (5).

Eppure la teoria della scoperta è comune tanto presso i commentatori del C. Francese quanto (e fa maggior mera-

---

(1) Gimmerthal, vol 51 cit. p. 76-77 ; cfr. vol. 52 cit. p. 549; cf. anche Zeidler, p. 49.

(2) Idem, vol. 51 cit. p. 77; vol. 52 cit. p. 550 n. 25 e p. 537.

(3) Idem, vol. 52 cit. p. 522-523 e p. 549; vol. 51 cit. 76-77.

(4) l. 3 pr. D. de a. r. d. 41. 1; § 12 Inst. de rer. div. II. 1.

(5) Notiamo ancora: *a*) la teoria della scoperta per logica necessità deve applicarsi a tutte le cose sotterrate; sia se nullius, per l'acquisto; sia, se smarrite, per il praemium inventionis e l'acquisto eventuale. Quanto al'e nullius, ciò non presenta difficoltà. se si comprendono nel concetto del tesoro; ma non è così, se, come fanno molti (cfr. nota (94) si escludono; *b*) dato non si dia acquisto degli animali selvaggi per ferita, neppure (come vogliono i più, credo) se questa è mortale e immediatamente mortale (Schmid, *Handbuch des r. R.* Leipzig 1817 I p. 54 n. 14 e i citt. ibid; e i citt. da Aubry e Rau l. c., n. 8) la teoria della scoperta non s'accorda coi principî che regolano la caccia; *c*) la l. 63 § 2 D. de a. r. d. 41. 1 contrasta (forse) alla teoria della scoperta, ove non si ammettano per la scoperta i requisiti subiettivi dell'occupazione.

viglia) presso i commentatori del nostro (1). Il nostro C. nell'art. 711 dichiara esplicitamente che il tesoro si acquista per *occupazione*, come gli animali che formano oggetto di caccia o pesca, e le cose mobili abbandonate. Ma i commentatori, definita l'occupazione un modo d'acquistare la proprietà per mezzo dell'apprensione accompagnata da certi requisiti subiettivi, vengono poi a dichiarare (introducendo una distinzione di che il C. non offre traccia) che vi hanno occupazioni (quella del tesoro) senza apprensione e senza que' requisiti subiettivi (2). Occupazioni nuove!

L'ultima quistione resulta in questa domanda: *cose sotterrate e da lungo tempo vacuae possessionis sono o no vere res nullius?* La domanda sorge per le espressioni usate da Paolo a definire il tesoro: dalle quali sembra affermato che il tesoro non ha più proprietario (« ut jam dominum non habeat ») ed è dato all'inventore come cosa che non ha più proprietario (« sic enim inventoris fit quod non alterius sit »). Quasi tutti ritengono non si tratti di vere cose nullius (3), e intendono quindi le parole di Paolo « ut jam dominum non habeat » o nel senso che le cose *non hanno un proprietario dimostrabile*, o nel senso che solo per determinazione di legge *si considerano in certo qual modo non aver più proprietario* (4). A giudicare da certa pagina dell'Ihering (5) parrebbe che, secondo cotesto scrittore, il vacuo possesso di una cosa valesse, se prolungato, ad estinguere la pro-

(1) V. i citt. da AUBRY e RAU, l. c., n. 30 (Delvincourt, Demante, Demolombe, Zachariae); LAURENT, *Principes de D. C.* Bruxelles 1878 VIII § 451; PACIFICI-MAZZONI, *Istit.* cit. p. 191; l. c.; RICCI, BORSARI, *Corso di D. C.* V, § 307 e seg.; MATTEI, *C. C. Italiano* art. 711 § 7. — Argomento è, per tutti, che i CC. usano la parola « trovare ». Qualcuno (DALLOZ, *Repertoire de Jurisp.* v. Propriété n. 204) accenna ad altro (« c'est son travail, qui opère la découverte et lui donne droit etc. »). — Con essi si accordano pure i commentatori del Codice Prussiano: H. DERNBURG, *Lehrb. des preuss. Privatrechts*, Halle 1881 § 233 n. 7; F. FÖRSTER, *Theorie u. Praxis d. preuss.* Privatr., Berlin 1883, III § 175 n. 50 (Cfr., per gli scrittori di diritto privato tedesco, O. STOBBE, *Handb. des deut. Privatr.*, Berlin 1882, II § 139 n. 28).

(2) PACIFICI-MAZZONI, *Ist.* cit. III p. 184.

(3) Ved. per esempio WINDSCHEID, l. c.; GIMMERTHAL, vol. 51 cit. p. 63; ZEIDLER, p. 8.

(4) SCHÜTZE, *Archiv für prakt. Rechtsw.* N. I. II 1865 p. 156; BRINZ, o. c. p. 566 n. 29; PAGENSTECHER, *Lehre von Eigenthum,* Heidelberg 1858, II p. 81; SAVIGNY, o. c. p. 211. — Cosicchè, per sè stessa, l'espressione di Paolo sarebbe inesatta (ZEIDLER, p. 8).

(5) *Scherz und Ernst in der Jurisp.* Leipzig 1885 p. 298.

prietà; il che si accorderebbe con la nota teoria del medesimo scrittore relativa alla perdita del possesso. Altri affacciò l'ipotesi che la qualità di vere res nullius delle veteres pecuniae depositiones riposi sopra una derelizione presunta; ma visto che in tale ipotesi il proprietario non potrebbe rivendicarle, neppure avanti della scoperta, l'ebbe abbandonata (1). A mio avviso, quantunque l'ipotesi non meritasse così subito abbandono (2), è più conforme a ragione, e anche al modo di vedere dei giureconsulti romani (almeno dei più) sopra la perdita del dominio, il ritenere che le veteres pecuniae depositiones siano res alicuius, riguardate e trattate ex jure come res nullius soltanto *dopo la loro invenzione.* — Ma si domanda ancora: dicendo che il diritto considera e tratta le cose da lungo tempo sotterrate come res nullius, s'intende forse che se il proprietario è conosciuto dopo la scoperta (al primo momento o in seguito) non si dia rei vindicatio? La possibilità della rei vindicatio, anche dopo la scoperta, è ammessa esplicitamente dagli scrittori che s'occupano del nostro punto (3) e in generale da tutti, perchè quasi sempre (come si vedrà) s'indica fra i requisiti del tesoro la non conoscenza del proprietario. Ritenendo però che anche dopo la scoperta vi sia diritto a ripetere il tesoro, bisogna dire che non v'è mai un acquisto assoluto del medesimo. Si tratta allora di un acquisto soggetto a risoluzione, o (se più pare) di uno stato di dominium pendens; il che non resulta dalle fonti. Nel mio modo di vedere (che produco remissivamente in quistione così sottile) non è assurdo ritenere che le veteres pecuniae depositiones coll'atto e nel momento della scoperta diventino de jure vere res nullius (4) sul fondamento che è quasi impossibile venga a dimostrarsi il proprietario di cose da lunghissimo tempo nascoste. Ma di ciò di nuovo fra poco.

---

(1) W. Sell, p. 181 e seg. (A torto crede diversamente Zeidler, p. 9 n. 26).

(2) Ved. l. 43 D. de furtis 47. 2 (cfr. § 48 Inst. de r. d. 2. 1; l. 9 § 8 D. de a. r. di 41. 1) l. 44 de a. r. d. 41. 1; l. 7 § 2 in f., l. 15 § 21 D. de damno inf. 39. 2.

(3) W. Sell, p. 153-154, p. 183; Pagenstecher, l. c., p. 83-84; Zeidler, p. 8-9.

(4) Un'analoga decadenza dal diritto di proprietà ammette il diritto germanico per le cose smarrite dopo certe formalità e dopo un certo lasso di tempo (Cfr. anche C. C. Ital. art. 715-717).

4. Data tanta varietà di opinioni a riguardo dei punti fin qui esaminati, nessuna meraviglia che altrettanta si riscontri a riguardo del fondamento giuridico dell'acquisto. Ecco, in breve, lo stato della letteratura (1). L'acquisto per parte dell'inventore, secondo i più, è fondato sul principio dell'occupazione (2), o quanto meno sulla qualità di res nullius del tesoro (3). Perciò di solito si tratta del tesoro sotto la rubrica « dell'occupazione, » o sotto l'altra « acquisto di res nullius. » Secondo altri invece (4), il principio dell'occupazione non è il fondamento dell'acquisto dell'inventore; che altrimenti (si dice) tutto il tesoro sarebbe, in ogni caso, dell'occupatore. Siccome (si dice) il tesoro non è veramente res nullius, così aequitatis caussa metà fu attribuito all'inventore (o occupatore) e metà al dominus loci (5). L'acquisto per parte del dominus loci è negato, come s'è visto, da qualcuno: e per coloro che l'ammettono, o riposa su speciale disposizione di legge determinata da motivi di equità (6), o riposa sul fatto che il tesoro è un' accessione del fondo ove vien trovato.

Avvertiamo, in primo luogo, che salvo i pochissimi i quali fondano l'acquisto interamente sul principio di occupazione, negando natura reale al diritto del dominus loci, tutti gli altri devono ammettere che l'acquisto, nel suo insieme, riposa sopra una speciale disposizione determinata dall'equità; altrimenti non vi concorrerebbero due persone in condizione giuridica diversa. La quistione sta dunque in questo, per i più: se la legge nel dividere il tesoro abbia avuto per motivo un certo più o meno vago senso di contemperamento, o se a riguardo dell'inventore il principio dell'occupazione

(1) Cfr. l'esposizione fattane da W. Sell, pag. 148; Schwach, p. 131; Wächter, l. c., p. 136; Bechmann, *Eigenthumserwerb durch Accession* Kiel 1867 p. 2 n. 1.

(2) Tutti coloro (in generale) secondo i quali il tesoro si acquista per una presa di possesso.

(3) Cfr. Windscheid, l. c. § 184 in pr. (Non è esatto in proposito Dernburg, *Pand.* cit. § 206 n. 5).

(4) Quasi tutti i seguaci di quella che ho detta teoria della scoperta. V. però anche Gesterding, *Lehre vom Eigenthum*, Greifswald 1817 p. 101.

(5) Particolarmente: Gimmerthal, vol. 51 p. 75.

(6) Cfr., p. e., Gimmerthal, l. c.; W. Sell, p. 118 e i citt. da lui n. 2 e 3.

e a riguardo del dominus loci il principio dell'accessione, ovvero uno solo di questi principî unitamente a quel tal senso di contemperamento vago e indeterminato. In secondo luogo, avvertiamo che v'è divergenza fra gli scrittori tanto nella motivazione del principio di equità su cui si fonderebbe in tutto o in parte l'acquisto (e però ho parlato più sopra di un senso di contemperamento più o meno vago e indeterminato), quanto nel valutare il rapporto d'importanza in che starebbero l'acquisto del dominus loci e quello dell'inventore (1). I più di coloro, che in tutto o in parte si richiamano all'equità, non ne danno i motivi. Anzi qualcuno, che si richiama all'equità a riguardo del dominus loci, dichiara che gli imperatori « nelle disposizioni sopra « il tesoro sembrano aver seguìto un certo senso di equità « senza rendersi conto preciso del fondamento dell'acquisto « per parte del dominus loci (2). Alcuni invece che fondano l'uno e l'altro acquisto sopra l'equità, o la motivano in relazione al concetto che il tesoro è un donum fortunae (3), o ritengono che il legislatore accordasse metà del tesoro all'inventore come res nullius, e metà al dominus loci quasi un beneficio del fondo (4).

Vediamo ora se e come i principî dell'accessione e dell'occupazione possano essere stati motivo alla ripartizione del tesoro. Che il dominus loci acquista il tesoro « jure ac-

---

(1) Per la superiorità dell'acquisto del dominus loci: De Man. c. (cfr. Gesterding, p. 102 e seg.).

(2) W. Sell, p. 150 cfr. p. 180 alla n. 2.

(3) Gli Imperatori « senza approfondirsi tanto sopra le ragioni sembrano esser par- « titi dal principio che è il dominus loci quello che ha il più prossimo diritto all'ac- « quisto.... poichè la fortuna aveva voluto favorirlo, facendogli acquistare un fondo nel « quale era.... un tesoro. Sicchè se è lui che lo trova, gli appartiene tutto; se è un altro, « dovrebbe pure a rigor di termine *(intendi, per ragion di fortuna)* appartenere tutto a « quest'altro, ma aequitatis caussa fu ammesso dovesse darne metà al dominus loci, e « contentarsi dell'altra che la fortuna gli offriva senza fatica » (Gesterding, o. c., p. 101)

(4) « Il tesoro è contenuto nel fondo ed ivi conservato: è dunque giusto che colui, « dalla proprietà del quale il tesoro è stato conservato ne abbia almeno una parte quasi « comodo e frutto della cosa » Donello, o. c. IV, 11. 6. Cfr., p. e., anche Maiansio, l. c. § XIX p. 123. Oltre a ciò (si aggiunge) è da dubitare che il tesoro non sia stato sotterrato dalle persone da cui il dominus loci ha ereditato il fondo (cfr. particolarmente Accarias, o. c. I § 249); comunque questo dubbio bene spesso non possa aver luogo (Gesterding, l. c. p. 100).

cessionis » o « come accessione del fondo » è detto di frequente (1). Tali espressioni sono usate bene spesso a indicare che il dominus loci acquista in forza del dominio sopra il fondo o che in altre parole è la proprietà del fondo che trae l'altra del tesoro. E intese così esse perdono ogni importanza nella ricerca dei motivi della ripartizione del tesoro. Quelli stessi che fondano l'acquisto del tesoro sopra un certo sentimento di equità lo dicono talvolta simile all'accessione (2), o addirittura accessione (3). Tutto dipende dal modo di intendere la teoria dell'accessione. Un tempo però con quelle espressioni si voleva indicare dalla maggior parte che il tesoro è acquistato in quanto è materialmente congiunto al fondo: ciò che è inesatto (4), non meno che se il tesoro fosse detto porzione del fondo; anche a prescindere che la congiunzione materiale di una cosa ad un' altra non vale a fondare un acquisto di proprietà. Che invece i giureconsulti romani, alcuni almeno, assegnassero come motivo all'acquisto dell'inventore il principio dell'occupazione resulta dalla l 31 D. a. r. d. 41. 1: « sic enim fit eius qui invenerit quod non alterius sit ». È chiaro anzi dalla legge citata, e più dalla c. 2 C. Theod. de thes. 10, 18, che i giureconsulti classici ritenevano che il principio dell'occupazione avrebbe dovuto regolare in modo esclusivo l'acquisto del tesoro e che solo aequitatis caussa gli fosse fatto un certo temperamento (« aliquod temperamentum »). Non rimane dunque, secondo me, che chiarire i motivi dell'acquisto totale o parziale per parte del dominus loci. Ora, riferendosi al momento in cui sorse la cost. Adrianea, il riguardo avuto al dominus loci nel doppio aspetto che sappiamo ebbe ragione nello stato anteriore del diritto relativo alle cose sotterrate custodiae caussa. Perciò Adriano non accenna ad una prevalenza del diritto dell'occupante su quello del dominus

---

(1) Cfr., p. e., i citt. dallo SCHWACH, p. 131 e da W. SELL, p. 148 n. 1: e anche DE MAN p. 324, MAYNZ, l. c. § 98 alla n. 13 (cfr. § 100). — Il SELL la dice (a' suoi tempi) opinione dominante.

(2) W. SELL, p. 150, 179, 180; cfr. SCHWACH, p. 132.

(3) DERNBURG, *Pand.* cit. § 201 alla n. 3.

(4) Cfr. nel senso nostro: BECHMANN, o. c. p. 22 n. 3 e i citt. da me alla p. 117 n. 1.

loci. Se poi si domanda su quali motivi d'equità fondassero l'acquisto del dominus loci i giureconsulti classici, parmi sia inutile definirli non che impossibile. Dal punto di vista meramente dogmatico ogni richiamo alla custodia, all'eredità o altro è, per lo meno, insufficiente; soprattutto di fronte alla disposizione che il tesoro trovato data opera appartiene per intiero al dominus loci.

5. Resulta da ciò che ho detto che il concetto primitivo e volgare di tesoro fu quello di un ammasso di cose mobili preziose, aventi un proprietario, sotterrate o murate da lui o da altri; e che nel diritto Adrianeo si richiedono certi requisiti, perchè tali cose siano suscettibili de' rapporti giuridici indicati. Requisito necessario e sufficiente a che le depositivae pecuniae assumano carattere giuridico di tesoro è, secondo me, *che il deposito sia così antico da potersi dire immemoriale:* « tam vetus, ut eius non extet memoria » (1). I più (2) invece de' romanisti aggiungono *la non conoscenza del proprietario.* Di qui due conseguenze: *a)* che la scoperta del tesoro prende, come accennai, carattere di acquisto sottoposto a risoluzione o simili: *b)* che se gli eredi son noti fin da principio, perchè, per esempio, un documento unito alle depositivae pecuniae li indicava, non vi è acquisto. Al requisito della *non conoscenza del proprietario* accenna la c. un. C. de thes. cit. (« condita ab *ignotis* dominis etc. »). Siccome però non ve n'è cenno nella l. 31 § 1 D. de. a. r. d. di Paolo, così si potrebbe dire che la c. cit. ricorda soltanto una circostanza di fatto, che s'accompagna quasi sempre al concetto di tesoro. Tuttavia (come dissi) espongo il mio avviso in questo punto con molta remissione.

Il requisito della vetustà (o immemorialità) del deposito viene espresso in ambedue i luoghi citati delle fonti che definiscono il tesoro: « *vetus....* depositio pecuniae » — « condita ab ignotis dominis tempore *vetustiore* mobilia ». Anzi il passo di Paolo pone in evidenza, che fondamento a riguardare le

(1) Cfr. l. 28 D. de prob. 22. 3: ZEIDLER, p. 11 e i citt. ibid. specialmente W. SELL.

(2) Cfr. i citt. alla p. 116 n. 3. Aggiungi i citt. alle note 1 segg. p. 121 e n. 1-3 p. 122. Trovo richiamata solo la *vetustà* in SAVIGNY, l. c., p. 211 e in SCHÜTZE, l. c., p. 155.

depositivae pecuniae quasi res nullius, è appunto la vetustà immemoriale: « ..... cuius non extat memoria, UT jam dominum non habeat ». E così il passo di Cassiodoro, e in forma più espressiva: « depositivae pecuniae, quae *longa vetustate* competentes dominos amiserunt ». Ecco perchè quasi tutti gli scrittori di diritto romano indicano in maniera esplicita requisito del tesoro l'antichità del deposito; e qualcuno (1) lo dichiara o lo dimostra requisito imprescindibile ex ratione juris. Ma naturalmente, come vi ha diversità nelle Fonti quanto ad esprimere nella definizione del tesoro il requisito della vetustà, così negli scrittori; i quali talvolta affermano quel requisito in maniera non esplicita. Alcuni (2) p. e. sulle traccie della c. un. C. de thes citata definiscono: « *antico deposito.... di cui non si conosce al presente il proprietario* »: e questi non mettono in rilievo il nesso di causa ad effetto che dev'essere fra l'antichità e la non conoscenza, specialmente futura, del proprietario. Meglio perciò molti (3): « *deposito.... da tanto tempo nascosto, che non se ne conosce il proprietario:* » e meglio ancora altri molti (4): « *deposito.... tanto antico, che non se ne può conoscere il proprietario* »; perchè qui il requisito dell'antichità è in relazione di causa ad effetto con l'impossibilità di conoscere il proprietario. E in maniera analoga quelli (5) che esprimono separatamente il requisito dell'antichità, senza riconnetterlo all'impossibilità di conoscere il proprietario: « *antico deposito.... di cui non si può conoscere il proprietario* ». V' ha poi chi, (6) senza richiamare in modo espresso

---

(1) Cfr. p. e. GANS, p. 52 e seg.: e specialmente W. SELL, p. 157-159 (157 n. 1), 161-163, 166 n. 2. (ZEIDLER, p. 8, n. 24; ANDRÉ, p. 16 e seg.) — I pratici tedeschi del sec. XVII avevano fissato ad un secolo il tempo necessario a costituire l'antichità del deposito (SCHWACH. p. 116 n. 4); concetto accolto nel C. Prussiano § 79. Ciò che osserva in contrario BÖCKING, l. c., § 150 n. 31 ha valore solo di fronte al paro diritto romano.

(2) SOHM, *Institutionen* 1884 § 51 p. 171.

(3) GESTERDING, o c., p. 93; SCHMID, o. c. p. 64 alla n. 52.

(4) PUCHTA, l. c., p. 221; SCHÜTZE, l. c., p. 156 n. 3; KUNTZE, *Cursus des r. R.* 1879 § 507; BRINZ, o. c. I, § 148 alla n. 19; W. SELL, o. c., p. 84; C. C. Austriaco § 398; C. C. Sassone § 233.

(5) P. e. ARNDTS-SERAFINI, o. c. § 154; BÖCHING, l. c.; BARON, o. c. § 138.

(6) MAYNZ, o. c. § 98 p. 109; KELLER, *Pandekten* 1861 § 125; ACCARIAS, l. c., p. 594; GÖSCHEN, *Vorles. über Civilrecht* 1839 § 276.

il requisito dell'antichità, definisce: « *deposito.... di cui non si può conoscere il proprietario* »: definizione esatta, quando si sottintenda, com'è naturale e di ragione (1), che « non si può » per l'antichità del deposito. Infine qualche volta si definisce (2): « *deposito.... di cui non si conosce il proprietario* »: e questa è inesatta, che in nessun modo richiama il requisito dell'antichità. Tuttavia non sempre s'intende negarlo. Il Cuiacio, p. e., che in certo luogo (3) dice: « nam quid vocas thesaurum? pecuniam cuius dominus ignoratur » ha in altro (4): « longa vetustas perimit dominium ». Che io sappia, due soli scrittori di diritto romano respingono esplicitamente il requisito dell'antichità (5). Se non che s'uniscono ad essi i commentatori del C. C. francese e del C. C. italiano (6): e qualcuno (7) anzi non si perita dire che il concetto resultante dalla definizione romana del tesoro (« le cose preziose nascoste in tanto hanno perduto il padrone in quanto il loro nascondimento rimonta a tempo antico ») « non è molto esatto ». È un fatto che i due Codici non richiamano in modo esplicito il requisito dell'antichità. Dice, per esempio, il nostro (e similmente il francese): « *tesoro è qualunque oggetto mobile....... di cui nessuno può provare di esser padrone* ». A sostenere di fronte ai due Codici il requisito all'antichità manca così l'appoggio espresso delle fonti; e di ciò si fa forte l'opinione domi-

(1) Cfr. ACCARIAS, l. c., n. 3.

(2) Oltre i citt. da W. SELL, p. 147 (Vallet, Mühlenbruch): SINTENIS, *Civilrecht* 1868 I § 50; WESTPHAL, l. c., p. 305; HÖPFNER, *Commentar über d. Heinec. Inst.* § 305. Quanto al MÜHLENBRUCH (*Doct. Pand.*) cit. da W. Sell, cfr. la traduzione tedesca della stessa opera· Halle 1844 (4. Aufl. von Madai) § 254.

(3) *Opera*, ed. Prati 1840, vol. 7 col. 539. cfr. FORTI, l. c. alla n. 79 p. 206-207 n. 1.

(4) *Opera*, ed. cit. vol. 5 col. 753 in f.

(5) DERNBURG, *Pand.* cit. § 206 n. 2; FORTI, *Conclusioni Criminali*, Firenze 1864 p. 201 e seg., specialmente p. 208-209. Quanto al DERNBURG, cfr. invece l'opera anteriore *Lehrb. d. preuss. Privatr.* (cit.) § 233 alle nn. 2, 3.

(6) Ved. i citt. da AUBRY e RAU, l. c., § 201 n. 29 (Duranton, Proudhon, Demolombe Zachariae) LAURENT, l. c. § 455. PACIFICI-MAZZONI, l. c., p. 189; BORSARI, l. c. § 1527; LO MONACO, *Ist. di D. C. I.* 1884, vol. III 579 p. 12; MATTEI l. c. n. 5 (È affatto erroneo ciò che dice questo scrittore: « ma se fossero monete di marchio e fabbrica recente si reputavano *un tempo* poste ivi « dal proprietario del luogo e quindi restituibili agli eredi »). In senso contrario: una sentenza francese cit. da LAURENT l. c.

(7) RICCI, l. c. § 311. Cfr. invece AUBRY e RAU, l. c., n. 29.

nante (1). Ora (si nota) quasi tutti i commentatori che negano l'antichità esser requisito del tesoro affermano o ritengono, più o meno esplicitamente, che requisito del tesoro (oltre il sotterramento) è soltanto *la non conoscenza del proprietario*. Essi intendono cioè le parole della legge: « di cui non si può conoscere il proprietario » come se esprimessero la mera circostanza del *non esserci persona che lì per lì, al momento della scoperta, si addimostri proprietario* (2). E questo è solenne errore. La non conoscenza del proprietario di una cosa, ovunque essa si trovi, anche fuori di possesso, non vale a farne acquistare altrui la proprietà (3). V'ha però chi, pur negando che l'antichità del deposito sia requisito all'acquisto delle depositivae pecuniae, ritiene non basti la mera non conoscenza del proprietario; e sia necessaria la *impossibilità di conoscerlo*. Questa però (si dice) se di solito si avrà ne' depositi antichi, non è escluso possa darsi « per circostanze eccezionali » anche a riguardo di depositi recenti (4). A mio

---

(1) Cfr. p. e. LAURENT l. c.

(2) Sono espliciti: LAURENT, l. c. § 456 » È perchè il vero proprietario *non si mostra* etc. » — « Se al momento dell'invenzione nessuno *si presenta* etc »; RICCI l. c. § 309 (« Laonde se alcuno *prova* etc. ») § 310 (« un proprietario *incognito*.... gli è come non esistesse ») § 311 (« dovendosi le cose che non hanno padrone assimilare *a quelle il cui padrone non si conosce* »). Cfr. anche (sebbene non espliciti) ZACHARIAE, *D. C. Fr.* (trad. Massè-Vergé) Paris 1855, II § 293, n. 9; DURANTON, *Cours de D. F.* Bruxelles 1841, vol. 1, § 1122; DEMOLOMBE, *Cours de C. C.* Bruxelles 1858, tom. VII, § 39-40; PROUDHON, *Traité de la propriété* Bruxelles 1842, § 398 alla n. 8 etc. — Il Ricci, in particolare, ha anche espressa la conseguenza assurda cui mena la teoria da lui seguita: « una cosa che da principio « fu smarrita e che in seguito per l'azione del tempo o per una accidentalità... venne « ricoperta dal terreno in guisa da sottrarsi alla vista di chicchessia costituisce tesoro. » Cfr. anche DALLOZ l. c. n. 193 (il quale tuttavia esige prima « delle ricerche »). V. invece il C. C. Austriaco § 395-317 e anche il C. Prussiano I, 9 § 74-79. Esplicito era pure il FORTI l. c. (In base alla teoria del Forti, la Rota Fiorentina assolse senz'altro alcuni operai che scavando in un fondo e trovato un deposito di monete di conio *recente*, se l'appropriarono; perchè ritenne si trattasse di un tesoro, cui secondo la Rota, non si può commettere furto, avendovi il dominus loci solo un jus ad rem). Dietro al Forti, ora anche RINALDI, l. c., p. 88-89.

(3) Cfr. l. 43 § 4 D. de furtis 47. 2. — Nel diritto italiano, ove per le cose smarrite *di cui non si conosce il proprietario* son prescritti (così come nel diritto tedesco) la denunzia e il deposito giudiziale, e dove l'acquisto ha luogo soltanto dopo un certo tempo, la dottrina degli scrittori citt. alla n. precedente apparisce anche più illogica che nel diritto romano (e francese). Che può importare in proposito il fatto che le dette cose siano rimaste accidentalmente sotterrate?

(4) AUBRY e RAU, l. c., n. 29. In questo senso probabilmente DERNBURG, *Pand.* l. c.

avviso, non vi può essere circostanza, che valga a far ritenere impossibile il rinvenimento del proprietario di una cosa di qualunque natura e valore, all'infuori di un certo lungo tempo trascorso dal momento in che essa rimase vacuae possessionis. Per conseguenza, trattandosi di tesoro costituito da cose deposte custodiae caussa (quello cui si riferiva Paolo nella l. 31 cit.) è necessario che il deposito sia immemoriale, come esattamente dichiara la detta legge. Trattandosi invece di tesoro costituito da cose smarrite sotterrate per caso (chè anche di cotali si vedrà potersi avere) si comprende che, pur essendo necessario « un certo lungo tempo » questo può variare secondo la natura della cosa (1). Ma (ripeto) nessuna circostanza mai varrà a far ritenere impossibile il rinvenimento del proprietario di una cosa uscita recentemente di possesso. Come tuttavia e in che senso l' ultima opinione accennata possa avere un valore di fronte al diritto odierno, vedremo in seguito.

6. Concetto giuridico normale di tesoro e quello « di un antico deposito di cose preziose fatto custodiae caussa (o dal proprietario o da altri) sotterra o nelle pareti di un edificio; le quali per la immemorialità del deposito vengon considerate come res nullius (2). Esso corrisponde al con-

(1) Cfr. W. Sell, p. 156-157 e anche p. 157 n. 1. Cfr. anche Puchta, *Vorlesungen üb. das heut. röm. R.*, Leipzig 1851, § 154, p. 334.

(2) La dizione dell'art. 716 del C. C. francese sembra richiedere al concetto giuridico del tesoro che esso *sia scoperto per caso*. Ciò avrebbe importanza non solo nell'ipotesi che scopritore fosse il dominus loci, ma anche in quella che fosse un terzo. Tutti gli scrittori francesi son concordi nel ritenere che il dominus loci che scopre un tesoro data opera lo fa suo per intero; riconoscendo così che la dizione dell'art. cit. è imperfetta, e che la scoperta casuale non entra, in nessun caso, fra i requisiti giuridici del tesoro. (Cfr. Aubry e Rau, o. c. § 201 n. 33 e i citt. ibid.) — Invece Laurent, o. c. § 456 ritiene che il tesoro scoperto data opera cade sotto le disposizioni delle cose smarrite; e l'opinione è logicamente connessa a certa di lui dottrina della quale parlo alla p. 125 n. 5. Io non dubito di accedere all'opinio communis. Noto che anche nel diritto romano qualcuno ha ritenuto fosse vietato di cercare tesori ne' fondi propri, argomentandolo da un'espressione della c. un. C. de thes. 10. 15. (Cfr. Hilligero *ad Donellum* o. c. IV. 14. 4; Dernburg, *Handb. d. preuss. Privatr.* (cit.) § 233 n. 4). Opinione codesta, che apparisce del tutto infondata; se si pone mente che la costituzione in parola quando, in fine, stabilisce le sanzioni contro i contravventori di vari precetti che essa stabilisce, non contempla il caso di chi cerca tesori nel proprio fondo. Eppure ciò sarebbe stato tanto più necessario, in quanto il divieto di cercare tesori ne' fondi propri avrebbe costituita una innovazione di fronte al diritto anteriore. La frase « invitis, immo nec volentibus » si deve intendere nel senso che le parole « nec volentibus » e « ignorantibus » stiano a spiegare l'altra « invitis ».

cetto volgare di tesoro ed è riprodotto nelle definizioni giuridiche del tesoro offerte dalle fonti. Tuttavia al concetto giuridico di tesoro è accordata da quasi tutti una maggiore estensione.

Che le cose abbiano ad essere preziose o di valore, sarà in genere condizione perchè si disputi intorno alla proprietà delle medesime; non già requisito vero al concetto del tesoro (1). Sarà però requisito che la cosa venga trovata in un immobile? (2) O che la cosa sia stata a bella posta sotterrata o nascosta a scopo di custodia? (3) O quanto meno che la cosa sia alicuius e non veramente res nullius? (4) La risposta a queste domande dipende dall'idea che ciascuno si è formato dell'effetto del tempo sulle res vacuae possessionis, del fondamento giuridico dell'acquisto di proprietà per parte del dominus loci e del rapporto in che sta lo acquisto del dominus loci con quello dell'inventore. Mentre infatti le cose di cui si tratta devono a ogni modo esser considerate come nullius, tutto sta a vedere se devono profittare al solo inventore o anche al dominus loci (5). Ora

---

(1) LAURENT, l. c. § 453. Contro: ZEIDLER, p. 5, secondo il quale la determinazione del valore necessario appartiene al giudice. Nessuno argomento può trarsi dalla parola « pecunia » della l. 31 d. de a. vel. o. p. 41. 2, tanto più che la un. C. de thes. 8. 15 ha la parola « mobilia. »

(2) In senso affermativo, alcuni pochi: BÖCKING, o. c. § 150 n. 31 (che cita la l. 67 D. de r. v. 6. 1, e la l. 44 D. de a. r. d. 41.1) PUCHTA, *Vorlesungen* cit. p. 335 (cfr. ZEIDLER, p. 13 n. 34),; SCHWACH, p. 144; FUCHS, cit. da ANDRÉ, p. 18. A questi si aggiungono alcuni commentatori dei C. C. francese e italiano. P. e. LAURENT, l. c. § 453; RICCI, l. c. § 307; BORSARI, l. c. § 1527 (Contro: AUBRY e RAU l. c., n. 28 e i citt. ibid.). Non vale certamente che le fonti parlino sempre di *fondo*: W. SELL, p. 146 147. Nemmeno si vede come stia in favore della communis opinio la l. 67 D. de a r. d. 41. 1, citata da WINDSCHEID, o. c. § 184 n. 11. Quanto alla parola « nascosto » dell'art. 716 del C. C. francese (art. 714 del C. italiano), non si può tanto facilmente accedere al LAURENT, l. c.

(3) ZEIDLER, p. 7 non solo intende che la parola « depositio » della l. 31 D. de a. r. d. 41. 1 abbia ad aversi come « depositum »; ma par quasi ritenere che il deposito debba esser fatto dallo stesso proprietario. Cfr. KUNTZE, ad Holtzschuher *Theorie und Casuistik* Leipzig 1864 II § 106 p. 260; CARRARA l. c. Cfr. anche la sentenza francese citata dal LAURENT, l. c. § 454 e LAURENT stesso ibid. - Contro, i più: W. SELL, p. 151 n. 3; PAGENSTECHER l. c. p. 81 alla n. 3; ANDRÉ, p. 14-15.

(4) In senso affermativo, se non altri, ZEIDLER e KUNTZE citt. alla n. precedente. Cfr. però anche SCHWACH, p. 144 in f.

(5) Nel diritto francese, ove si accetti la teoria del Laurent, per cui le cose nullius appartengono al fisco salvo le eccezioni dalla legge particolarmente espresse (cfr. o. c. § 438 e seg.), il punto logico della questione è diverso. Ma la dottrina del Laurent è tanto più illogica,

chi ritiene, per esempio, che l'acquisto del dominus loci sia fondato sopra l'accessione in quanto il luogo fu custodia del tesoro, non solo non farà differenza fra cose al momento della scoperta alicuius e cose nullius, ma neppure fra cose sotterrate e cose nascoste ne' mobili. Chi ritiene invece che tutto l'acquisto del tesoro sia fondato sopra una certa misura d'equità in quanto il tesoro non è veramente res nullius escluderà sian tesoro le vere res nullius. E ancora per esempio: chi ritiene che le disposizioni relative al dominus loci importino una restrizione al diritto prevalente dell'inventore potrà (1) dubitare che non siano tesoro le cose sotterrate o nascoste ex fortuito, ritenendo che quelle disposizioni costituiscano un jus singolare.

Riferendoci al momento storico in che fu stabilito il diritto Adrianeo, non si può esitare (secondo me) a risolvere le questioni accennate nel senso più lato: Adriano non ha concepito il diritto del dominus loci come una restrizione del diritto dell'inventore; e l'antica disputa sul possesso del tesoro si applicava egualmente a tutte le cose, sotterrate in un immobile o nascoste in un mobile. Cresciuto più tardi in importanza il principio dell'occupazione (2), è un fatto già da noi riconosciuto che il diritto dell'inventore fu riguardato come un diritto prevalente cui l'altro recava un certo temperamento. E nondimeno le quistioni accennate dovettero esser risolute anche nel diritto giustinianeo nel senso più lato e devono esserlo tuttavia nel diritto odierno del nostro Codice. Infatti, in ciò che riguarda la prima, sembra che quei motivi d'equità, che son presenti nel caso di immobili, sian pure presenti nel caso di mobili (3). E quanto alle altre due similmente: tanto più che se il legislatore romano e nostro ha vietato di scavare terreni altrui

---

in quanto egli ritiene (cfr. n. 90) che la casualità della scoperta sia requisito del tesoro. L'opinione comune, che valgono (in generale) nel diritto francese a riguardo delle res nullius le disposizioni del diritto romano, non può esser dubbia.

(1) Cfr. p. e. ZEIDLER, l. c.

(2) Non foss'altro, per esser venuta meno la distinzione delle res mancipi e nec mancipi.

(3) Cfr. W. SELL, p. 150.

per cercarvi tesori, pare debba avere inteso vietarlo per ogni cosa di che è possibile acquisto; e così avere inteso nel senso più lato il concetto del tesoro.

Del resto, pure ammettendo una od altra restrizione al concetto del tesoro, non è a credere che cose mobili da lungo tempo sotterrate per un avvenimento accidentale o da lungo tempo nascoste in un mobile, possano aversi nella condizione giuridica di smarrite (1). Dirò di più: nella condizione di smarrite non si devono avere neppure le cose vacuae possessionis *non* sotterrate *nè* nascoste, se tali (vacuae possessionis) da lungo tempo: l'efficacia del tempo a riguardo delle cose sotterrate custodiae caussa deve spiegarsi anche per queste. Esse cadranno dunque immediatamente nel dominio dell'occupante.

E infine si domanda: cose trovate sotterra, ma tali che per difetto del tempo lungo (vetustas) non possano aversi per tesoro, si considereranno tesoro a termini del nostro Codice, quando adempite le formalità di che agli art. 715-717 non si presenti il proprietario ne' due anni prescritti? Io non esito a rispondere di sì (2): a queste cose si applica certamente la definizione dell'art. 714 *(qualunque oggetto mobile.... del quale nessuno possa provare di esser padrone).* Ecco l'unico caso in cui indipendentemente dal « tempo lungo » (e il caso non è in tutto indipendente dal tempo) si può ritenere impossibile il rinvenimento del proprietario sconosciuto di una cosa.

Siena, dicembre 1887.

MUZIO PAMPALONI.

---

(1) Così appunto erroneamente ZEIDLER, p. 7 e in n. 22 ibid. e LAURENT, l. c. § 453 (cfr. anche § 457 relativo al tesoro scoperto data opera). Nel senso nostro invece SCHWACH, p. 144; PUCHTA, *Vorlesungen* cit. § 154 p. 334.

(2) Nello stesso senso è stabilito dal C. Prussiano. (Il C. Prussiano definisce tesoro « ogni cosa.... nascosta sopra o sotto terra *in quanto non se ne conosce il proprietario* » (§ 74). Poi, se la cosa è antica *di un certo tempo*, l'attribuisce senz'altro al dominus loci e all'inventore (§ 7J) giusta i noti principî. Se la cosa non è antica nel detto modo, ne impone la denunzia come nelle cose smarrite (§ 755).

POSSESSO DELLE COSE

E POSSESSO DEI DIRITTI NEL DIRITTO ROMANO

Memoria di Giuseppe Brini

1. « Chi si accinga a scrivere sul possesso in diritto romano dopo tanti dotti lavori pubblicati in proposito specialmente nel secolo nostro, deve sentire per fermo a qual grave incarico egli si sottoponga. E ben io lo sento, conscio inoltre come sono della pochezza delle mie forze; nè avrei posto mano all'impresa se la materia non fosse tuttora oggetto della più viva polemica, e le vaste dubbiezze in che trovasi avvolta non mi avessero eccitato a fare ancora una prova. » Queste parole, colle quali un egregio nostro giureconsulto, Odoardo Ruggieri, cominciava la *prefazione* al suo *Trattato in diritto romano* sopra *Il possesso e gl'istituti di diritto prossimi ad esso* (Firenze, 1880), io ardisco di fare qui mie; tranne chè per l'assunto, che da ultimo in esse è espresso. Mi sembra che, quantunque gli sforzi dei dotti circa questo tema abbiano frattanto continuato, quelle parole tuttora non siano meno vere d'allora; e mi sembra altresì ch'esse non perderebbero troppo di verità e d'opportunità quando si volessero riferire al possesso considerato non nel puro diritto romano, ma e nel diritto sì legislativo e sì dottrinale di oggidì, se già una simile separazione in modo preciso fosse davvero possibile. Conscio io, per altro che se il Ruggieri così poderoso quanto modesto accennava alla pochezza delle sue forze, io dovrei a dirittura confessare

la nullità e quindi la temerarietà mia. Però di riscontro, con questo pensiero: che io non mi propongo punto di fare, a mia volta, ancora una prova; bensì un assunto d'assai più dimesso.

Mi parve, infatti, e ripensando e ristudiando vieppiù mi è parso, che nella materia e dottrina del possesso si trovino cose e idee, le quali ben siano e da tempo entrate e fisse nella vita giuridica viva, e stiano già nella coscienza giuridica di tutti, e si debbano dire già conquistate alla scienza; ma le quali contuttociò ancora aspettino e meritino di essere condotte a più riflessa e compiuta, a più espressa e precisata ricognizione. Per ciò, il richiamare a una nuova ed apposita osservazione e constatazione di esse, o de'fatti in che esse stanno e s'appoggiano, con quell'analisi e quelle considerazioni che di per sè ne scaturiscano il più semplicemente; il ripeterne e quasi riesporne a noi medesimi il proprio essere e la più vera natura (e fosse che con ciò stesso, ad un tempo, illustrandole e confermandole) mi è parsa opera non inutile. Or ecco appunto quel che qui mi prefissi. Non più, adunque, che una ricognizione, riaffermazione, e, se mi fosse dato insieme, uno schiarimento e commento di cose vecchie e risapute; o proprio, l'occasione solenne nella quale scrivo, mi suggerirebbe per questo mio scritto un nome, che grandemente sarei tentato di accogliere: il nome di *glossa;* se già non avessi ad esserne accusato di una superbia, di cui sono puro. Ben però saprebbe a ogni modo, questa mia glossa tutto il suo rischio di essere pur troppo indegna di quella, di cui ora particolarmente si festeggia la gloria. E pur vorrebbe almeno mostrare e attestare, non presumendo di più, quanto di quella ancor senta l'esempio, il documento e lo sprone. Poi come quella rispose al bisogno dei tempi e l'incarnò in sè medesima, dalla tradizione prendendo a provvedere al presente ed a promuovere l'avvenire: così questa vorrebbe sopra ogni altra cosa intendere e sforzarsi, ritornando pur sempre al diritto romano, di essere tutta ispirata ed informata al maggior bisogno forse del diritto civile ai dì nostri; che è di un suo ordinamento scientifico. Nel quale ordinamento, per certo, ossia in una distribuzione dottrinale e razionale, voler

assegnare ad ogni istituto, ad ogni figura giuridica, il suo più proprio luogo, tanto vuol dire quanto averne prima puntualmente ed appieno ravvisata, appresa, valutata la più vera essenza: con una utilità, la quale poi si vede balzarne dinanzi e ripercuotersi per mille modi ed incontri sempre più vasta e profonda, e in forma il più spesso tanto più sorprendente quanto più era inattesa.

2. Un nostro illustre cultore del diritto romano, Ilario Alibrandi, scrivendo, colla sua usata e classica superiorità di dottrina intorno alla *Teoria del possesso secondo il diritto romano* (Roma, 1871) notava, come un concorso simultaneo e cospirante di cagioni, da lui acutamente discorse, dovesse « produrre l'effetto, che la nozione fondamentale del possesso non si potesse determinare dai romani giureconsulti con quell'ampiezza di vedute, con cui potrebbe farlo un filosofo o un giureconsulto moderno sulle traccie del Romagnosi e del Savigny. » Non già (secondo che a lui stesso viene poi di soggiungere) che i romani giureconsulti, nel superare le gravi difficoltà che si trovarono dinanzi, non mostrassero anche qui « luminosamente l'altezza del loro genio e del loro senno pratico, veramente squisito; » e che però non dessero appunto « nel risolvere i casi pratici nel giusto segno, » non « portassero sulla retta via ciò, che ne avrebbe deviato senza molta accortezza, » e non « traessero da premesse molto anguste conclusioni ample e corrispondenti ai bisogni pratici della vita: » e tutto ciò « in modo da ingenerare stupore a chiunque sente la difficoltà dell' impresa. » Ma quei sapienti (sono ancora parole dell'Alibrandi), del resto « intenti sempre più alla pratica che alle astrazioni, e guidati da un buon senso eccellente, » non ebbero a « costruire una dottrina piena e soddisfacente intorno al possesso, » a fissare « una teoria fondamentale; » o, se mi fosse lecito, io vorrei soggiungere piuttosto, che per lo meno non la espressero e formularon così come ne la richiederemmo noi ora. L'Alibrandi segue anzi, per di più, essere per quelle stesse cagioni naturale e chiaro che presso i romani « in molti casi debba risentirsi la mancanza di una teoria fondamentale, e che gli stessi artifizi usati per

supplire al difetto di essa riuscissero talora a conclusioni avanzate e non nel genio di tutti; » macchie leggiere però codeste, « che il lettore discreto condonerà facilmente quando si consideri la difficile posizione in cui si trovavano i nostri antichi giureconsulti ».

Io non voglio qui riesaminare e ridiscutere il buono o non buon fondamento di queste conclusioni dell'Alibrandi, per dire se anche a me paian esse da accogliere o da respingere, e per quanta parte, siccome frattanto altri ha fatto. Noterò invece, e con parole di un più recente scrittore straniero sulla materia, Leone Pininski (nell'*introduzione*, a pagina 23, del suo libro *Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs nach gemeinem Recht*, Leipzig, 1885, dove bene riassume la ricca letteratura tedesca di questo secolo intorno al possesso) come in conseguenza « delle perpetue controversie sulla natura del possesso, » sempre sopra o dietro al diritto romano, e specialmente dopo che lo Ihering ebbe scosso i concetti, che prima del suo scritto e di seguito a quello del Savigny, erano generalmente riconosciuti, si sia veduto qualche studioso condotto ad un singolare scetticismo. Così, fra altri, ad E. Meischeider (*Besitz und Besitzschutz,* Berlin, 1876) il determinare in un unico concetto l'essenza del possesso romano e della sua tutela, ed appunto il rintracciare un tale concetto non pareva cosa possibile; « se una soluzione ci fosse (diceva egli nella *prefazione*, pag. 3), si sarebbe dovuta trovare; » « ed invece (seguitava), pur coi tentativi dal Savigny in poi, il problema n'è oggi come al tempo de' glossatori; » e l'*animus possidendi* romano gli pareva un insolubile enigma, e che il rapporto fra *animus* e *corpus* non fosse dai giuristi romani chiaramente concepito, e ch' essi incertamente adoperassero circa tali concetti, nè sempre ne discendessero a risultanze conseguenti.

3. Certo è, che questioni capitali sul possesso si veggono ognora riprese e riagitate; e, cagione di maggior maraviglia, senza che sembrino o quasi aver dato un passo verso una ferma risoluzione. Tantochè « l'affaticarsi della moderna giurisprudenza, ad esempio, sul fondamento della tutela del possesso » destava a uno spirito arguto, secondo

riferisce E. E. Bekker (nell'opera *Das Recht des Besitzes bei den Römern*, Leipzig, 1880, a pag. 12), l'immagine di un cane che rigiri snello sopra sè stesso per mordersi la coda. E tanto da poter far sospettare ch'esse questioni fossero per avventura e siano ognora non ben poste; o, talune almeno, forse male dedotte dalle fonti romane; o fors'anco, infine, potendo ciò essere derivato e durare proprio per la condizione storica particolare di quelle fonti in proposito non abbastanza penetrata e districata.

Senonchè è certo, d'altro lato, che era l'Alibrandi medesimo che pur scriveva, esser da chiedersi « meravigliati, come mai i romani si avvicinassero tanto al punto fondamentale della dottrina moderna (che sta nel riconoscere nel possesso un dominio di fatto), mentre muovevano da principii che n'erano non poco lontani ». Ed egli stesso, ad esempio, ben dimostrava che se l'*animus possidendi*, ossia l'animo di padroneggiare, « comincia soltanto a trovarsi presso i greci colle parole ψυχὴ δεσπόζοντος che esprimono a meraviglia la cosa, » non è a stupirne; non solo perchè giammai « i secoli passano ed una scienza continua a coltivarsi » indarno, sicchè modificazioni e svolgimenti importanti pur dopo i giuristi classici di Roma nel diritto romano continuarono; ma inoltre (ed, io direi, più e particolarmente) perchè « se gli antichi par che non vedessero o non sapessero esprimere ciò, che i greci videro ed espressero molto felicemente, è d'uopo rammentare, che per far questo progresso bisognava rimettere alquanto dalla venerazione verso la terminologia usata nelle formole edittali: e questo era più agevole nel secolo IV e V, che nell'età dell'aurea giurisprudenza ». E mentre « infine, non mancavano (conchiude l'Alibrandi medesimo) negli scritti degli stessi antichi splendidi lampi di genio, che potessero dar lume agli scrittori posteriori ». Siccome poi testè un giureconsulto tedesco, O. Bähr, riattaccandosi a certi risultati cui giunse lo Ihering sul possesso romano, precisamente insiste sullo svolgimento, che in generale deve presumersi, e che in particolare nella disciplina del possesso deve secondo lui riconoscersi avvenuto nei secoli dalla giurisprudenza classica

fino alla legislazione giustinianea; benchè allora « mentre il diritto intimamente così procedeva, la esterior forza di configurazione ne venisse via via cadendo », sicchè « non vi si sapea dare espressione teorica », progressiva ed adeguata, sciolta dalla vecchia.

« È mia convinzione (scrive il Bähr), e in ciò concordo collo Ihering, che già nell'ultimo tempo dell'impero quella portata del possesso, la quale corrisponde alla nostra odierna coscienza giuridica, fosse essenzialmente venuta a pratico vigore. Ma non si sapeva configurar la cosa teoricamente, e si posero perciò con non molto garbo le teorie dei classici giuristi nei nuovi libri del diritto ». Bisogna, segue egli, spiare, afferrare, intendere quel mutamento in qualche manifestazione di costituzioni imperiali, scrutando e valutando bene, senza preoccupazione soverchia per le creazioni classiche, onde il nuovo ci sfugga. Di non aver ciò fatto abbastanza appone il Bähr al Savigny; e di là ripete il non aver ancora la materia del possesso una soddisfacente costituzione. Così il Bähr in un suo articolo *Zur Besitzlehre* nei *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts,* XXVI, (N. F. XIV) 3-5 (Iena, 1888) a pag. 275-278; articolo uscito quando io avevo già fermati i pensieri che vengo esponendo in questo scritto.

In somma io vorrei azzardare che forse, anche in questa materia, tanto i classici giureconsulti aveano col loro lavoro apprestata e maturata la più vera sostanza, che a questa non rimanesse se non che ancora esplicarsi ed evolversi, od ognor più liberarsi da quei vincoli di tradizione, in che si trovava impigliata, siccome infatti potè meglio fare nell'ulteriore corso storico. E vorrei pur azzardare che forse, non ostante il secolare cammino e lavoro, seguìti infino ad oggi, pure tuttora agli studiosi cose preziose e progressive potrebbero rimanere da meglio scorgere e da derivare o da svolgere di quel classico patrimonio giuridico se ognor più filosoficamente ed insieme storicamente penetrato.

4. È mirabile, e può parere perfino strano, che proprio la relazione più elementare e materiale, secondo l'idea che prima ne suscita la parola possesso, fra l'uomo e le cose,

abbia dato e dia tanto tormento ai giuristi, magistrati o scienziati o legislatori che siano; ch' essa cioè sia sempre una parte così varia e agitata della vita giuridica viva; che offra ognora materia così delicata, sfuggevole, difficile, vuoi per la sua disciplina positiva, vuoi per la determinazione e trattazione dottrinale. Senonchè si deve subito soggiungere che il possesso non n'è per certo rimasto, non s'è arrestato a quella relazione ora detta; ma se n' è anzi di gran lunga discostato e diversificato. Chè esso è passato ed assorto ad essere una figura giuridica, o un istituto giuridico; figura giuridica in particolar modo plasmata e complessa, e con ispeciali atteggiamenti giusta le sue varie contingenze. E che è sopra tutto di codesto possesso, quale configurazione giuridica, che nel diritto si tratta; è questo sopra tutto, che diede e dà tanto da fare ai giuristi: ben più altamente importante di quella prima e più semplice relazione.

La parola possesso infatti (e già la parola latina *possessio* ne' testi dei giureconsulti e negli imperiali e giustinianei) si adoperò e si adopera, per un certo andamento storico di fatti e di concetti, il quale potrà facilmente intendersi, a significare del pari sì l'una e sì l'altra di codeste due cose or accennate, diverse in sè, ma spesso del resto congiunte fra loro nel fatto; sì cioè quella prima relazione, e sì questa seconda configurazione. E i trattatisti sogliono partire da una nozione unica del possesso, la quale riesce però assai spinosa; per venirne poi alle distinzioni anch' esse ardue, e così alle determinazioni di varie specie di possesso ossia alla ricognizione speciale di diversi elementi donde queste stesse risultano e si differenziano. Delle quali determinazioni e distinzioni, ripeto, nulla forse anche ne' punti capitali, più lungamente e più ancora disputato. Egli è che, in sostanza, quelle due cose o (se mi è lecito dire) posizioni indicate colla stessa parola, possesso, sono troppo ed essenzialmente diverse fra loro, per essere tenute così insieme aggruppate; esse anzi non si potrebbero mai abbastanza distaccare e tener separate ad evitare confusioni ed equivoci, ad aver di ciascuna schietta, sicura e compiuta l'ap-

prensione: se già non è ch' io m' inganno a partito. Nè in ciò paia esser questione di nomi o di appellativi; dai quali, all'incontro, si può in tutto e si dovrebbe per un istante, a sciogliер la mente da ogni preoccupazione, fare astrazione: ma ben è questione unicamente di fatti, della realtà stessa; la quale ci pone dinanzi ciò che avvertivo, quella diversità e quel contrapposto, nel modo più preciso e innegabilmente.

5. Dico dunque, che primamente si ha quella più semplice relazione dell' uomo alle cose esteriori, a cui subito accennavo; e la quale chiamerei (se ogni parola non fosse in questo tema, per dir così, pregiudicata) una relazione naturale; volendo esprimere com' essa sia posta ed offerta dalla natura, o dal fatto stesso o dalla forza delle cose di per sè, e di per sè stia, all' infuori d'ogni ricognizione, disciplina, configurazione, nella vita umana progrediente, da una legge positiva o civile. E nè, del resto (voglio soggiungere), crederei discostarmi con tali appellativi dai concetti stessi romani. Ma, guardando alla sostanza e volendo ritrarla, pur senza pretesa di darne una definizione, non può a meno di ravvisarvi tosto che la detta relazione ci si presenta sotto due aspetti o due lati: si presenta quale relazione appunto e in sè della persona alla cosa; poi, perciò stesso che relazione di quella persona sola e non di altra insieme a quella cosa, si presenta quale esclusione delle altre persone dalla cosa o dalla utilità della cosa. Sono quei due lati, positivo e negativo, che poi nella proprietà ricevono così precisa espressione e così alto e civile regolamento giuridico. Quanto a quella semplice relazione in sè presa e come positiva, io non so, per quanto siasi analizzato e disputato, come meglio la si potrebbe descrivere di quello che facesse il Romagnosi; là ove, parlando della funzione di possedere importata dalla proprietà, diceva il possesso di puro fatto essere « la detenzione effettiva ossia fisica di una cosa in modo da poterne far uso quando lo giudichiamo conveniente. » E dove però questa stessa potestà « di valersi della cosa » e più la « detenzione » già includono l'altro lato di quella relazione quale esclusiva, o nella sua efficacia negativa; ossia, come il Romagnosi stesso esprimeva

nella definizione della proprietà (ma come sta anche senza risalire al concetto e istituto della proprietà), già includono una potestà di farne uso « in maniera indipendente da ogni altro uomo, » sempre finora considerando il mero ordine di fatto. E per ciò del Romagnosi si veggano le *Instituzioni di civile Filosofia ossia Giurisprudenza teorica* al § 2308 e seg., in ispecie al § 2843; e si veggano le medesime idee e quasi le medesime formule in altre sue opere.

Non si tratta qui di cercare come e quando precisamente questa relazione fra una persona e una cosa si costituisca o cominci, come e quando d'altro canto finisca e si perda, e però implicitamente si ritenga e duri. Giova ricordare, nella dimenticanza fra noi de' nostri migliori e nella noncuranza che gli stranieri ne mostrano ed hanno, come bene ne trattasse Federigo Del Rosso nel suo *Saggio di diritto privato romano attuale* al volume II ed al VI (Pisa, 1814), stando egli verso la tradizione scientifica e viva del diritto romano in quella stessa posizione e disposizione in che sono tuttora i tedeschi. Fra i tedeschi ultimamente ritentava determinazioni più precise in proposito lo Scheurl, *Zur Lehre vom römischen Besitzrecht* (Erlangen, 1886), partendo dal considerare (§ 1) « il possesso come fatto naturale. » Piuttosto è assai importante riflettere quanto diversamente, sì nella diversa natura delle cose e sì nelle diverse condizioni di civiltà, codesta relazione si atteggi in fatto tanto nel suo lato positivo che nel negativo; il quale ultimo non è, in sostanza, che la sua preservazione, conservazione e tutela perfino coattiva quando occorra ed anche allora però nella società civile ordinata e tranquilla. Godo che il Bähr medesimo nel lavoro testè citato (pag. 225-7) abbia così bene rilevato questo punto da poter io qui intercalare la sua stessa esposizione.

6. « Già l'animale di rapina difende la preda che gli sta dinanzi contro chiunque voglia sottrargliela. Come non si sarebbe l'uomo creduto in facoltà di riguardare come soggetti alla sua esclusiva signoria la selvaggina da lui uccisa, i frutti che egli ha presi dall'albero, il tronco da lui abbattuto, la pietra da lui scavata dalla terra e apprestatasi a

strumento? La più ovvia effettuazione di tale signoria doveva certamente consistere solo in questo, che colui, il quale l'avesse acquistata, proteggesse della sua forza fisica immediatamente l'oggetto. Ma tostochè l'uomo giunse a ciò, di edificarsi un' abitazione, la quale contro esterne azioni gli prestasse una certa difesa, potè anche nel portarsi entro questa abitazione e nel custodirsi in essa essersi trovata una continuata manifestazione di quella signoria. Diversamente si conformò già la estrinsecazione della signoria tostochè l'uomo cominciò ad assoggettarsi animali in guisa da addomesticarseli e assuefarseli. Animali di tale specie non si possono facilmente tenere sotto una stabile signoria fisica dal loro signore. Quindi, perchè il lavoro di mansuefazione su di essi esercitato non dovesse riuscire infruttuoso, doveva il riconoscimento della signoria su di essi durare anche quando si fossero essi sottratti alla immediata azione del loro signore, supposto solo che la efficacia dell'addomesticamento ancora durasse *(animus revertendi)*. Similmente dovette farsi valere subito che anche uomini, schiavi, come oggetto di signoria privata si riguardarono. Su questi era anche meno possibile di attuare la signoria in tal maniera che stabilmente essi si tenessero sotto la propria mano. Ma e tanto più poi il fatto della signoria nella sua esterna apparenza si spiritualizzava, allorchè l'uomo incominciò, pel promuoversi dell'agricoltura, ad assoggettare durevolmente alla propria signoria anche tratti di terreno. Un fondo non porge, è vero, dato solo ch' esso sia senz' altro accessibile, verun impedimento alla signoria dell' uomo. Ma per ridurlo a coltura, vi occorre forza e applicazione. Deve in esso venir distrutta la natura selvaggia; il suolo dev' essere lavorato, seminato e mietuto. Tutti questi atti di signoria si presentano però soltanto in apparizioni singole. Nessuno può sul fondo, che egli coltiva, insistere di continuo. Di mezzo a quelle singole operazioni il fondo è del pari ben accessibile ad ogni altro ed esposto alla sua azione. Se dunque in generale una signoria privata doveva essere riconosciuta sopra fondi aperti, era necessario che quelle singole operazioni si considerassero come legate da un vincolo ideale e in questa connessione

fossero riguardate quale continuato esercizio di una signoria. Qui adunque il fatto della signoria è solo un concetto artificialmente ottenuto mediante astrazione. »

E tanto più poi le ragioni e relazioni di diritto e torto sono sempre (come pur dicea Romagnosi al § 2903 della *Giurisprudenza teorica* citata e altrove) « mere qualità morali ossia meglio relazioni intellettuali del fatto o della forza; » e così in ispecie il diritto di proprietà, ch'è il più alto e ordinato regolamento dei possessi umani, è relazione tutta intellettuale. Però, per quanto quella relazione più semplice e di fatto della persona alla cosa, che fa astrazione da ogni idea di diritto, essa stessa si smaterializzi così fino a doversi concepire quasi al tutto intellettualmente secondochè si è veduto; ben resta pur sempre, ch'essa si debba concepire, fissare e descrivere per sè, all'infuori e fatta astrazione appunto dal diritto e in ispecie dal diritto di proprietà; il quale infatti, a sua volta, su di essa sta, la suppone, la importa col *ius possidendi* compresovi: sicchè facendo all'inversa, si cadrebbe in un circolo vizioso.

7. Codesta più elementare relazione dell'uomo alla cosa, alla quale verrebbe senz'altro di riferire il pensiero di Nerva, là dove diceva « dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse, » se già di nuovo non ci si invescasse con questo testo nelle lunghe discussioni sovra di esso ed in qualche preoccupazione; relazione, la quale è per certo un fatto primitivo, genetico e dapprima informe e che dapprincipio dobbiamo figurarci pur con un animo naturalmente indefinito di appropriamento quale appunto si scorge ognora nel bambino; relazione, dalla quale e sulla quale tutto lo esplicamento civile posteriore per fatto e per diritto si evolve: codesta relazione permane poi sempre qual primo fondamento, mezzo e substrato ad una grande varietà di rapporti intellettuali e al tutto giuridici, in cui poi una persona può mettersi e trovarsi verso una cosa. Su di che appena meriterebbe di insistere un poco, se non fosse onde ben intendersi, e a ben distinguere quel che qui si considera da quello che segue ed a cui convien appieno sbarazzare la via. E prima ancora si noti che questa relazione più

semplice e di fatto alla cosa importa bensì quella potestà in ordine di fatto « di poter far uso della cosa quando lo giudichiamo conveniente; » ma non importa, nè richiede insieme, passandosi ad un ordine di diritto, che tale potestà sia giuridica, nè d'altro lato la effettività di esercizio di essa. Sicchè queste, l'una e l'altra del pari, potrebbero mancare. E si noti che mancando queste, quella relazione si riduce solo, ma in guisa immanchevole, a quel che è il suo lato negativo, l'esclusività, o proprio a solo tale relazione della persona alla cosa da poterne escludere altri; che è, a mio credere, l'espressione minima e più essenziale di quella relazione.

Posta e concepita la qual relazione, e in ispecie così negativamente, ecco dunque che sopra o dentro ad essa, come sopra a un substrato e presupposto primo, necessario, fondamentale, siamo a poter contemplare una molteplice e quasi indefinita varietà di rapporti giuridici, uno od altro, separatamente od anche congiuntamente: ecco, cioè, che i rapporti giuridici vi si possono via via addossare e pur cumulare; che anzi da uno o da altro di essi appena è se quella ci possa apparire mai scompagnata. Potrà, invero, una persona essere od entrare in quel rapporto con una cosa per la più semplice osservanza e custodia di essa; però già con questo accompagnandovisi rapporti personali di particolari impegni assunti o di obbligazioni, per doveri ed anche con diritti di una e d'altra persona circa una tale osservanza. Potrà, più generalmente, cumularsi a quella relazione più elementare colla cosa (che ne diviene più propriamente un elemento dipendente) l'esistenza, l'appartenenza e l'esercizio, di un diritto di obbligazione. Potrà invece essa trovarsi substrato e condizione dell'esistenza per appartenenza ed esercizio, di un diritto reale frazionario della proprietà. E potrà poi, infine, altro non essere che un elemento, e pur sempre il primo e fondamentale ed originario, del diritto tipico e più complesso e perfetto d'ogni altro, da cui ogni altro si può dire uscito, il diritto di proprietà.

Ed or se si voglia designare con un nome, e del resto col nome dell'uso comune, codesta semplice relazione fin qui

esaminata, non so come altrimenti e meglio la si potrebbe chiamare che *possesso della cosa*. Nè occorre aggiungere che si parla di cosa come oggetto esterno, sensibile, o cosa corporale, tutto ciò che è all'infuori della persona, secondo il linguaggio giuridico romano. Possesso di cosa, che, se lo si raffronti alle accennate configurazioni giuridiche, da un lato si vede che, in quanto importa la potestà in ordine di fatto di far uso della cosa o di valersene, corrisponde e si riferisce soltanto a quella parte di contenuto e di attributi del diritto di proprietà, che si distinsero come facoltà o diritti di godimento: non anche all'attributo più meramente intellettuale della disposizione. E si vede, d'altro lato, che in quanto un dato rapporto giuridico, che vi si congiunga, non vi importi, in ordine di diritto quella potestà di farne uso, anzi la escluda o ve ne interdica l'esercizio, esso possesso della cosa si restringe giuridicamente a quel suo elemento minimo che ho già notato o ad una mera (mi pare poter e dover così chiamarla) *detenzione*. E mi pare ancora di non scostarmi con questi termini dalla terminologia e dal pensiero delle fonti e dei giureconsulti romani. Con che, pertanto, nel sistema del diritto, il nome di *possesso*, e cioè della cosa, rimane più proprio là dove l'esplicazione di tale potestà, che la relazione di fatto per sè importa, non è interdetta ed esclusa. Anzi neppur propriamente applicandosi là dove alla pienezza di quella potestà, ossia della sua possibile esplicazione (almeno secondo lo stato e la destinazione in che già si trova la cosa), non è lasciato luogo in ordine di diritto: chè allora vien di distinguere e considerare a sè la mera detenzione, secondochè si è detto, la quale si ha onde trarre dalla cosa quella determinata utilità o applicarvi quella determinata attività.

Anche in questi ultimi casi non è lasciato luogo a quella piena indeterminata potestà di valersi della cosa tutta e sott'ogni aspetto e per ogni ufficio, che in ordine di fatto il possesso della cosa di per sè importa e che in diritto spetta regolarmente al proprietario e si trova presso di lui; ma che può anche trovarsi o attribuirsi o figurarsi in altri che il proprietario pur dentro al sistema del diritto, e certo

variamente ne'vari sistemi di diritto massime in dipendenza delle loro contingenze storiche e di svolgimento.

Ma or si faccia di nuovo astrazione da ogni configurazione di diritto; e noi già sappiamo (parmi) nettamente di questa relazione semplice, di fatto, fondamentale, della persona alla cosa, che è insomma il *possesso della cosa*.

8. E, in secondo luogo si passi davvero all'ordine di diritto; a questo sistema delle libertà o delle attività, delle forze utili umane regolate, ordinate, disciplinate; distinte quindi anche, costituite e configurate come in tante potestà o facoltà a sè stanti quanti i beni umani ch'esse racchiudono. Però qui non si volga la mente ai diritti originari od innati che ad ogni persona spettano tosto e solo perchè tale e sempre; bensì soltanto ai derivativi o acquisiti. Si guardi cioè ai quesiti, ai quali l'uomo per la sua sola esistenza e qualità di persona ha bensì innata la potenzialità, ma dei quali non ha egli in concreto l'appartenenza, se non per un fatto che in concerto glieli acquisti; ed i quali, di riscontro, egli in concreto ritiene fino a che per un fatto contrario non li perda. Si guardi dunque nel diritto privato ai diritti della famiglia e della proprietà, intendendo nella proprietà ogni applicazione patrimoniale, ossia romanamente al *ius connubii* e al *ius commercii:* od altresì a quei diritti originari, che in un dato diritto positivo, contro la natura e la ragione, ma, per condizioni di storico svolgimento, siano considerati e trattati quali derivativi; quindi in Roma anche al diritto stesso della personalità, o della libertà personale, della padronanza di sè stesso. E così nel diritto pubblico analogamente non si potrebbe guardare a quella parte di esso, la quale non è che un mero aspetto dei diritti stessi individuali originari e ne ha così ugual contenuto e natura; ma si deve guardarsi a quella parte che ha indole e carattere, e però trattazione, di derivativa: a partire pei singoli dalla condizione fondamentale della cittadinanza medesima, con tutti i diritti compresivi, che i romani compendiavano nel *ius suffragii* e nel *ius honorum*, relativamente a una data res publica per finire ai popoli e stati in sè e fra loro quasi per-

sone; secondo insomma ogni più varia e vasta esplicazione derivativa della formula « quod ad statum rei publicae spectat ».

Quando per un diritto derivativo è intervenuto un fatto idoneo per sè a farlo acquistare in concreto ad una persona ed assistito nel caso speciale da tutti i requisiti voluti, il diritto appartiene legittimamente a quella persona: quel fatto n'è il titolo, quella persona il titolare; la persona n'è investita giustamente o di diritto. Però di più è normale che il titolare medesimo si trovi altresì di fatto nel godimento di quel diritto, o in condizione da poterlo a suo talento esercitare, farne uso, valersene; da poterlo insomma esercitare, coll'estrinsecarne ed esplicarne con atti particolari effettivamente le facoltà e utilità contenutevi, od altrimenti a sua voglia non esercitarlo, secondo e semprechè meglio a lui piaccia o non piaccia. In altri termini è normale che anche di fatto il titolare si trovi investito del suo diritto. E questa condizione, questo investimento di fatto relativo ad un diritto, che è normale si accompagni alla spettanza o appartenenza legittima di esso, sembra che pure s'abbia ad esprimere siccome infatti secondo la tradizione si suole (cominciai da quest'uso) colla parola possesso: riferita in tal caso al diritto stesso. Si dirà, e si dice infatti, che il titolare è altresì regolarmente in possesso del suo diritto. Non credo che l'uso della parola abbia bisogno di maggior giustificazione; nè forse avrebbe bisogno l'idea di una dichiarazione ulteriore. Si osservi bene però, come questa condizione di fatto, del possesso relativamente al diritto, sia una posizione pressochè intermedia fra l'appartenenza del diritto e l'esercizio, del pari diversa da entrambi: benchè coll'esercizio più spesso si unifichi e confonda: essa ha così proprio essere e modo, che non si potrebbe sopprimere nè trascurare senza disconoscere la natura stessa delle cose. Ma tuttociò rimarrà ancor più certo da quanto segue che si esamini o si ricordi.

È infatti troppo noto e da troppo tempo entrato nella vita giuridica, come in codesta condizione di fatto, nella quale normalmente si trova il titolare legittimo di un di-

ritto, o in quel godimento del diritto che ne rende possibile poi a talento l'esercizio, possa ben anche non trovarsi punto esso titolare; e trovarsi invece un'altra persona, a cui il diritto non appartenga, la quale non ne sia titolare, ma nondimeno in quella stessa guisa che se essa ne fosse il vero e legittimo titolare, se il diritto veramente e legittimamente le appartenesse, e in somma in guisa da poterlo esercitare o non esercitare essa a sua voglia. Cioè può darsi e non di rado si dà, che una persona sia e si trovi investita di fatto soltanto (non saprei altra frase più comprensiva ed esatta) di un dato diritto, che non le spetta; che, pur in altri termini (se meglio piacesse l'espressione) essa ne abbia il godimento, senza che il diritto sia suo. E sia poi che una tale risultanza di fatto sia prodotta e si verifichi per un errore, o sia che per una violazione ed usurpazione di diritto o sia pur anco (chè non è da escludere) per un provvedimento della competente autorità. È una condizione o posizione di fatto contraria o inversa a quella testè considerata; perchè scompagnata essa, non dipendente, non suffragata, dalla spettanza legittima del diritto: è un mero stato di possesso ma possesso del diritto, la persona non è di più che un possessore. Ed è proprio in questo secondo caso di distacco dal buon diritto che tal possesso e tal possessore si affermarono e più si considerano e sono per vero più gravi e importanti. Qui sta nettamente da un lato la nuda appartenenza legittima, senza la posizione di fatto corrispondente e normale, senza il possesso del diritto; dall'altro il possesso del diritto, senza l'appartenenza legittima. Del resto, se piaccia, si chiami pure questa condizione del godimento di un diritto per mero fatto con altro nome; quel che monta si è la sostanza, la quale è innegabile; e si è che venga riconosciuta ed appresa pienamente. Che se questa posizione si volesse ritrarre, o si volesse descrivere questo *possesso di un diritto*, mi pare, ripeto, non sarebbe mal ritratto, o non male descritto, quale investimento di fatto di un diritto.

Ancora, se attentamente si rifletta, non si ritrova qui se non questo: che in sostanza si è trasportato, per realtà e

per concetto, ai diritti o alle cose incorporali, quella condizione medesima di fatto, che si aveva già, solo più ovvia e sensibile, verso le cose corporali. Voglio dire che in fondo l' indole dell'un possesso, *possesso delle cose*, e di quest'altro possesso, *possesso dei diritti*, è appunto la stessa salvo la diversità in sè delle cose. Dacchè questo secondo possesso altro non sia, che il trovarsi una persona, fatta astrazione dalla giusta appartenenza a lei di un diritto e dunque in ordine di mero fatto, in tale condizione rispetto al contenuto di esso diritto (che è cosa da non potersi concepire che idealmente), da potersene valere, da « poterne far uso quando lo giudichi conveniente ».

Dopo di che possa pur dire come di solito e naturalmente tale possesso di un diritto si manifesterà sopra tutto nell'esercizio stesso del diritto; ma non necessariamente. O deve considerarsi, più veramente, che l'esercizio sta, per dir così, ad un possesso del diritto disgiunto dalla giusta spettanza, del tutto come ad un possesso del diritto in congiunzione colla giusta spettanza; sta ad un mero investimento di fatto, così come ad un investimento di diritto accompagnato dalla sua condizione normale di fatto; sta al mero possessore, così come al titolare che sia insieme possessore.

Infine ciò che è ancor più da rilevare, perchè capitale e per evitare quelle confusioni che la medesimezza del nome potrebbe addurre, si è questo: che mentre il *possesso delle cose* è un fatto primigenio, elementare e vorrei ripetere naturale; il *possesso dei diritti* è bensì anch'esso condizione di mero fatto, ma è un fatto, per dir così, secondario, giuridico, complesso, ed un portato sol della vita civile. Il possesso dei diritti, infatti, suppone i diritti, le condizioni e configurazioni giuridiche; è anzi esso stesso una figura giuridica, benchè quasi immagine di altre più normali e giuste ed al tutto fondate in ragione, o benchè di nuovo in un ordine di mero fatto. Il che tutto è espresso e compreso col ritrarlo come l'investimento di fatto di un diritto; che si dice bensì investimento e condizione in mero fatto, ma investimento o godimento di un diritto: due lati questi od aspetti di tale possesso, che mentre parrebbero

termini contraddittori, ne formano invece tutta la essenza.

9. Questo possesso dei diritti è una figura giuridica generale, o di una possibilità generale. Emerge infatti per necessaria illazione, che una tale condizione di fatto possa verificarsi senza distinzione per tutti quanti quei diritti, i quali debbono in concreto acquistarsi onde averli in concreto, i derivativi o acquisiti; i quali perciò appunto, in qualche contingenza, possono pure in mero ordine di fatto esser tenuti e goduti da chi non ne sia titolare; creda poi egli di esserlo o non lo creda e tanto poi se non ve n'abbia un vero titolare, quanto che altri ne sia il titolare vero. Semprechè (si è sempre al punto, nè potrebb'essere più piano) per errore, per usurpazione o per altro fatto, di un dato diritto derivativo sia investito in fatto chi non ne sia anche per diritto investito; e così il medesimo si ripeta di tutto un dato complesso di tali diritti, e pur di tutta una condizione o di uno stato giuridico di ogni indole e importanza; sempre vi avrà possesso di diritti.

Invero la opinione oggi comune, o quasi, è così espressa in queste parole dell'Alibrandi (§ 74, pag. 97). « I romani non riconoscevano vero possesso se non di cose corporali. Paolo nella l. 3 p. D. h. t. dice: « possideri possunt quae sunt corporalia; » e nella l. 4 § 27 *de usurp: « nec possisideri intelligitur ius incorporale »*. Si credea che questo impedimento delle cose incorporee provenisse dalla natura. « Natura servitutum ea est, ut possideri non possint, » dice Giuliano nella l. 32 § 1 *de serv. praed. urb*... Quindi è che l'esercizio abituale delle servitù e di altri diritti dicevasi propriamente *quasi* possesso (l. 10 pr. D. *si servitus vindic.;* l. 20 pr. D. *de serv. praed. urb.);* benchè talvolta i romani stessi non guardando tanto al sottile lo chiamassero semplicemente possesso (l. 10 D. *si pars her. pet.;* l. 20 D. *de servit.;* l. 2 D. *comm. praed.;* l. ult. in fin. D. *de itin. act. priv.;* l. 3 § 6 D. *uti possid.;* l. 2 § 3 D. *de prec.)*. Ma tutti convengono che questo è piuttosto abuso di vocaboli. »

Ed io non voglio ora cercare per qual tramite di concetto i giureconsulti romani venissero all'idea ed alla formula del

quasi possidere, della *quasi possessio*, e cioè *iuris*; opinioni dei moderni in proposito si possono vedere nel Ruggieri (§ 412 e seguenti) ed in altri trattatisti. E potrei anche dare per pacifico che nell'applicazione senz'altro delle semplici parole *possessio*, *possessor* e *possidere* a diritti, che trovasi in Giavoleno, in Celso, in Papiniano, in Ulpiano, sia da vedersi, come vuolsi, un abuso; anzichè, come sarei inclinato a pensare, vi si debba ravvisare un naturale svolgimento, un più espresso e deciso progresso ed una generalizzazione importante; mentre poi, anche in quest'ultima ipotesi, si spiegherebbero ognora troppo bene, per lo speciale riferimento, in un senso stretto e più strettamente tradizionale delle parole (dal possesso delle cose), quelle espresse affermazioni in contrario di Giuliano e di Paolo citate testè coll'Alibrandi. Ma resta, comunque sia del nome, nelle fonti stesse romane la sostanza delle cose; alla quale già potrebbe parere significante il solo applicarsi della designazione *quasi possessio*, e, fosse pure per abuso, di *possessio*; e alla quale altrimenti non so se si troverebbe nelle fonti altro nome.

Una tale condizione quale si è descritta è, sotto il nome ora detto di *iuris quasi possessio*, riconosciuta comunemente per le servitù e per gli altri diritti reali, che ammettono pure un esercizio continuato (ed importano possesso di cosa) quali l'ènfiteusi e la superficie. E comunque la si trovi e si voglia ravvisare e definire, o qual godimento del diritto, come già bene il Pothier (*Traité de la possession*, chap. III, § 38), o qual esercizio, come in genere è detto, o altrimenti; io non so quale altra sostanza le si potrebbe appunto ritrovare e riconoscere da quello che venni dicendo: che, cioè, vi si tratta dell'investimento di fatto di un diritto; e però colpito, concepito, raffigurato sopra tutto nella sua esistenza in una persona separatamente dalla spettanza del diritto stesso, cui corrisponde, ossia in altra persona dal titolare del diritto. Anzi è proprio al proposito di tali diritti che non potrebbero meglio presentarsi e disegnarsi in precisa distinzione e in un netto riscontro il possesso della cosa da un lato e ciò che ho chiamato il possesso del diritto dal-

l'altro, pur trovandovisi spesso coesistenti appunto sopra un medesimo oggetto.

Ma da tali diritti reali di esercizio continuato non si vuol poi uscire; e si nega concepibile un quasi possesso per lo stesso diritto di pegno e ipoteca, e tanto più per diritti famigliari, per le condizioni e gli stati personali. Le espressioni, che spesso ritornano per questi ultimi nelle fonti, della *possessio libertatis* (alla qual *possessio* appartengono già le antiche *vindiciae secundum libertatem), ingenuitatis, libertinitatis*, *servitutis* e simili, pare offrano un « senso meramente traslato. » Senza però potersi mai disconoscere la forza e natura e posizione stessa delle cose e dei fatti. La quale, ripeto, si offre colla innegabile generalità, che ho già affermata: e affermazione, del resto, con cui io non fo che ripetere o riprendere cosa vecchia e nel dominio del diritto comune. Perchè (voglio dirlo con parole di un altro egregio giurista, I. Baron, dalle sue *Pandekten,* Leipzig 1887, § 173) nel medio evo « parte la legislazione della Chiesa e dell'impero, parte il diritto consuetudinario estesero la tutela possessoria innanzi tutto a tutte le servitù, poi anche ad una quantità di diritti nuovi.... e perfino ai diritti coniugali e di famiglia; solo rimanendo fino nel 18° secolo disputato se fosse da estendere alle obbligazioni. Contro la quale estensione,... per ultimo dal Savigny in poi si fece una salutare reazione.... » Salutare, cioè, la dice il Baron riguardando come eccessiva e senza interesse quell'estensione data alla tutela possessoria; il che io non nego. Ma perciò e con ciò non si può anche negare e trascurare quel fatto, quella possibilità e quella figura generale; la quale figura poi può avere ben altri lati d'importanza pel sistema giuridico ed effetti non forse ristretti nè lievi; e la quale, se nel diritto comune, in isvolgimento dal diritto romano puro, fu così riconosciuta ed applicata, or si ripercorra rapidamente come già nel diritto romano medesimo avesse avuto una ben larga attuazione e manifestazione.

10. A non rammentare che qualche esempio qua e là, come più facilmente ne soccorra, che altro mai può vedersi se non che un possesso di diritto di pegno o ipoteca nel caso

toccato da Paolo (*lib. 19 ad edictum,* fr. 18 D. 20. 1), « si ab eo qui Publiciana uti potuit quia dominium non habuit pignori accepi, sic tuetur me per Servianam praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam »? E circa la *possessio* degli stati personali or ora nominati; *possessio,* che non occorre dire quanto agevolmente fosse in Roma possibile nè quanto ritorni frequente nelle antiche memorie e nelle stesse fonti giuridiche; poichè il Ruggieri stesso la definisce siccome non altro che « lo stato di fatto di una persona, corrispondente alla relativa posizione giuridica della medesima » (§ 453), io non domando nè aggiungo di più. Tanto vero possesso, del resto, si era codesto della libertà personale, che vi si applicò perfino la usucapione. Nè sto pure a riandare quanto tali condizioni di mero fatto, ma per uno stato giuridico personale, o cioè tali possessi di stato favorevoli o sfavorevoli, si avessero effetti giuridici, sì diretti e sì indiretti.

Quanto alla cittadinanza e peregrinità e latinità, per cui l'analogia a questi ultimi casi è così piena, basterebbe di richiamare i casi delle *erroris causae probationes* attestati da Gaio e da Ulpiano. E si ripensi poi in particolare al caso di Marco Perpenna (narrato da Valerio Massimo nel libro IV, cap. 3, § 5), « consul ante quam civis, » siccome poi risultò; « namque patrem illius, nihil ad se pertinentia civis romani iura complexum, Sabelli iudicio petitum redire in pristinas sedes coegerunt. Ita M. Perpennae nomen adumbratum, falsus consulatus, caliginis simile imperium, caducus triumphus, aliena in urbe improbe peregrinatus est. » Il qual fatto bene il Cuiacio citava ad illustrazione di un altro assai noto presso gli studiosi de' Digesti giustinianei, quello di Barbazio Filippo, recato da Ulpiano (*lib. 38 ad Sabinum*, fr. 3 D. 1, 14). Questi, « cum servus fugitivus esset, » non solo valse come libero e persona e come cittadino, ma « Romae praeturam petiit et praetor designatus est. » Ora, già era stato trattato da Pomponio, pel dubbio « quasi praetor non fuerit, » ed Ulpiano si ridomanda: « si servus quamdiu latuit, dignitate praetoria functus sit, quid dicemus? quae edixit, quae decrevit, nullius fore momenti? an fore propter utilitatem eorum, qui apud eum egerunt

vel lege vel quo alio iure? » Concludendo Ulpiano, e sembra che già Pomponio: « et verum puto nihil eorum reprobari; hoc enim humanius est; » e di più « cum etiam potuit populus romanus servo decernere hanc potestatem.... ». Fu in somma uno de' tanti casi, in cui dei servi « omnium consensu liberorum loco habiti sunt nec quisquam eis usque adhuc status controversiam moverit. » Parole queste che si leggono in una costituzione di Adriano *(c. 1 C. 6, 23 de testamentis, quemadm. test. ordinantur)*, nella quale prima di tali parole si enuncia « testes servi an liberi fuerunt, non oportet in hac causa tractari, cum eo tempore, quo testamentum signabatur, omnium consensu...... »

E passando alla famiglia, che altro pure si ha nel matrimonio putativo, non ignoto al diritto romano, e ne' suoi effetti anche dopo riconosciutone l'impedimento, se non che stati di mero possesso o meglio meri possessi di stato e cioè delle qualità di coniugi, indi di paternità e maternità e figliolanza legittimi; possessi che dapprima si credettero appunto sorretti dall'appartenenza legittima di quelle qualità, e che di poi in parte almeno si mantengono, ancorchè risulti che quelle qualità non appartengono e non possono appartenere? E per tali condizioni e pei diritti speciali fra genitori e figli, non deve forse concepirsi più in generale, anche fuori del caso ora detto, e proprio al modo dei diritti patrimoniali reali fin qui osservati, come presso una data persona coll'appartenenza giusta e fondata se ne abbia a trovare normalmente anche il godimento ed investimento di fatto; ma possa pure trovarsene l'appartenenza senza il godimento; o viceversa il godimento ed investimento di fatto, per errore o frode, violazione di diritto o altro incontro, senza la giuridica appartenenza? Dove, se da un lato si vede come si possa pur qui cadere nel diritto criminale; d'altro lato non so trattenermi dal notare un' altra condizione di fatto, per far avvertire una differenza ed un parallelismo. Anche nel concubinato e pei figli naturali, ossia nella famiglia meramente naturale, si ha una condizione di cose, che potrebbe chiamarsi un possesso di stato, benchè di stato sol naturale, sì di coniugi e sì di genitori e figliuoli:

è quella condizione, quel trattamento, quella comune considerazione, in che dovea stare la risoluzione e senz' altro la constatazione pratica della figliazione naturale nel diritto romano. Però appunto qui si ha il più puramente, se così posso dire, un fatto, il fatto naturale, un rapporto di puro fatto: non si ha punto l'investimento di fatto di un diritto o di un complesso di diritti o di una condizione e di uno stato giuridico personale o che ci appartenga o come se ci appartenesse. Non si ha insomma un caso di *possesso dei diritti*, questa figura giuridica secondaria, immagine dell'appartenenza di diritto. Invece vi si ha una condizione di cose, la quale fa esatto riscontro e corrisponde precisamente per la sua natura a quel fatto naturale o rapporto naturale e primario che è il *possesso delle cose;* è un parallelismo assai significante, quanto innegabile; e del resto con uguale risultanza e posizione anche qui dalla natura medesima, quale sta di per sè, fatta astrazione da ogni costituzione di società civile e di configurazioni giuridiche, quale poi, e di regola, assorge e a noi si offre naturale e perpetuo fondamento allo stesso diritto famigliare.

Che se si voglia continuare con altri casi ed esempi per altre configurazioni di diritto romano presentantisi in mero possesso, ma di nuovo come vero possesso di diritti, non se n'aveano forse esattamente allorchè taluno « cum tutor curatorve non esset, *pro* tutore curatoreve res pupilli adultive administravit » per usare le parole di Paolo (*Sent.* I, 4, 8)? E così nel *falsus tutor*. Ed in sostanza nascondendosi analoga condizione in ogni applicazione dell'appellativo *falsus* ne' testi romani; ben definita, in proposito, dal Forcellini tale parola siccome adoperata « de eo, qui videri vult, aut qui putatur is esse, qui re vera non est. »

E arrivando alle obbligazioni, dove parrebbe più difficile riscontrare un simile possesso di diritti, cioè diritti o non ispettanti affatto a veruna persona o non ispettanti a quella data persona, o similmente; ma ecco che, per lo meno, ogni applicazione possibile e concepibile della *condictio indebiti* non include forse per l'appunto una tal condizione di fatto o un tale investimento di fatto relativo ad un diritto, quale

generalmente si descrisse e quale non saprei come altrimenti si volesse denominare che *possesso,* a volerne cogliere la vera natura, o volerne dare il carattere generale e a raggruppare il caso singolo sotto la categoria cui appartiene? Mentre poi dei diritti stessi d'obbligazione, siccome degli altri patrimoniali, si può anche avere mediatamente, e pure incontestabilmente, un possesso in quanto cioè siano parte di un patrimonio, di una cosa universale, di *universitas iuris,* che non ci appartenga, ma di cui ci troviamo in fatto investiti, che sia tenuta e goduta non dal titolare ma dunque da un possessore?

Perchè, di vero, soggettivamente anche della qualità di titolare universale e di successore universale ed in ispecie di erede, ossia oggettivamente anche di una universalità di diritti si può essere in mero possesso; nè credo ciò abbia bisogno di più parole. Certo è che i romani avean di ciò un esempio preciso fin nell'antica *usucapio pro herede*, che, com'è noto, era annua; nè però ancora voglio scendere a particolarità storiche e dottrinali in proposito, massime per gli effetti di tal condizione e figura.

Bastino questi rapidissimi accenni, sopra tutto a chi meglio di me intenda e possa me giudicare s'io erro. Solo infine non isfugga anche questo: come cioè della stessa libertà, sì di una cosa da gravami reali, sì della persona da vincoli personali, si possa stare in possesso o in un investimento o godimento di fatto, per condizione corrispondente a tutta quella che s'è qui proseguita.

11. A bella posta ho atteso fino a questo punto per parlare della figura del possesso dei diritti in ordine al diritto di proprietà; mentre potrebbe parere avessi proprio dovuto fare al contrario, e cominciare dove invece finisco. Certo, non si vedrebbe alcuna buona ragione di non applicare anche al diritto di proprietà, o meglio riscontrare e riconoscere anche per esso, ciò che per gli altri diritti si è detto e che così nettamente, parmi, risulta in quanto alla loro condizione di possesso. Ogni volta, adunque, che una persona si trovi di fatto investita o nel godimento del diritto di proprietà sopra una data cosa, di un dato diritto

di proprietà, o perchè normalmente ella ne sia il giusto titolare o quantunque non ne sia essa il titolare, e nel secondo caso pertanto con posizione e figura giuridica a sè; si potrà e dovrà ravvisare e dire appunto ch'ella è mero possessore, ch'è nel mero possesso, possessore e nel possesso di quel diritto di proprietà. E certo del possesso dei diritti questo è il caso o la manifestazione più importante e frequente.

Anzi, chi ben guardi, è precisamente a questo possesso sopra tutto che si riferiscono i comuni trattati del possesso; chè esso ne forma sopra tutto il tema: quasi è il possesso per antonomasia o per eccellenza. È quel possesso colla ψυχὴ δεσπόζοντος o l'*animus dominantis* o *domini* o insomma « l'animo di padroneggiare.... l'intenzione di esercitare la proprietà.... di farla da padrone.... » o in cui si riconosce il possessore « .... omnia ut dominum gessisse » (così nella costituzione di Alessandro, che è la c. 2 C. 7, 32, e come può vedersi bene nell'Alibrandi § 17 pag. 18 e altrove), o com'altrimenti si volesse designare e contraddistinguere. È quel possesso che si scorge avanzarsi e determinarsi sempre più nelle fonti del diritto romano, ed uscire sopra tutto omai maturo ed espresso dalla giurisprudenza classica. È quel possesso, cui i moderni si appuntano quando si sforzano di definirlo o come l'esteriorità del dominio, o l'immagine della proprietà o un dominio di fatto o l'esercizio abituale del dominio, e in simili guise; e spiegando essere il possesso nel fatto ciò che la proprietà si è in diritto, e via via. Possesso, pertanto, che in corrispondenza a questi concetti, certamente comuni ed in somma ammessi, parmi possa bene ritrarsi, siccome ho fatto, come investimento di fatto di un diritto di proprietà; con formula che lo attrae anch'esso ad un concetto più generale, mentre sembra offrirne tutta la propria essenza. E piacesse poi o si accettasse di contraddistinguerlo come giuridico o come civile od altrimenti; poco importanti qui pure gli appellativi, ben afferrata la natura della cosa. E sorga poi esso, pur di nuovo, o da errore e ignoranza o da illecita e fin criminosa appropriazione, o infine per avventura da disposizione stessa magistratuale.

Senonchè, con tutto ciò, non vi ha dubbio che sia occorso ed occorra un qualche maggiore sforzo in ordine al diritto di proprietà, di quello che in ordine agli altri diritti anche reali frazionarî, a ben scindervi e ad apprendervi così distintamente da un lato il più semplice fatto del *possesso della cosa*, e dall'altro la condizione e figura, pur di fatto bensì, ma insieme giuridica, *del possesso del diritto di proprietà*. Come infatti la spettanza od appartenenza legittima del diritto di proprietà quasi si confonde di per sè colla spettanza ed appartenenza della cosa medesima; perchè esso diritto abbraccia tutta la cosa sotto ogni aspetto e rapporto, il più complessamente e precisamente che in diritto sia possibile, sicchè i romani lo consideravano quasi incorporato nella cosa: così analogamente accade pel possesso del diritto di proprietà. Essere investito di fatto di un tale diritto o nel suo godimento, sì da poterlo esercitare o da titolare o come il titolare potrebbe; vuol dire essere in tale relazione verso la cosa quale appunto si descrisse costituire il possesso di essa cosa come fatto naturale elementare primitivo: e tanto più, se si figuri quell'investimento di fatto del diritto separato dalla spettanza del diritto o a sè stante come possesso del diritto, tanto più parrà essere esso tutt'uno col possesso della cosa.

E si aggiunga, ripeto, che proprio sul possesso della cosa storicamente e per forza naturale si eresse la proprietà stessa; della quale poi di nuovo il possesso del diritto non è che l'immagine di fatto. Si aggiunga, ripeto, che tal caso di possesso dei diritti fu (può pensarsi) il primo, e per primo forse fu oggetto di riflessione e di disciplina; e che di gran lunga sempre rimase il più importante e diffuso. E già se n'avrà più che a sufficienza per non essere più meravigliati che a stento si potesse (e stavo per dire si possa) su tale substrato astrarre e vedere colla mente cumularvisi la figura del possesso del diritto di proprietà e contemplare questo divisamente dal possesso della cosa colla speculazione teorica. Nè quindi ancora farà maraviglia che sebbene la figura del possesso dei diritti si avanzasse nella vita giuridica e acquistasse nome e s'imponesse e configurasse; pure

si stentasse e si stenti ad affermarne tutta la consistenza a sè e la generalizzazione adeguata: o che insomma quel possesso per eccellenza, ch'è del diritto di proprietà, non bene separato dal possesso della cosa, ancora voglia quasi tutto per sè ed occupi ed impacci il trattato e quasi il concetto del possesso, riferito anche e più ai diritti, quale si trova di solito nei libri.

Pure ciò non fa che confermare la necessità scientifica di ben ravvisare la diversità di tali due possessi e ben costituirla. Resta sempre anche pel possesso del diritto di proprietà, che, a differenza profonda del possesso delle cose, esso è un fatto, come chi dicesse posteriore, secondario, che richiede un sistema di diritto, la società civile costituita, che presuppone la proprietà, e non la precede e non n'è la base o il substrato ma una conseguente; sicchè poi questo stesso possesso deve ritrarre o ripetere, benchè in ordine di fatto, i lineamenti, i termini, la figura del diritto di proprietà. Esso è appunto un possesso, di cui egregiamente potrebbe ripetersi con Papiniano « cum..... plurimum ex iure possessio mutuetur »; e ripetersene « ..... quia possessio non tantum corporis sed iuris est..... » *(lib. 2 definit.* fr. 49 pr. § 1 *D.* 41, 2); o non tanto di fatto quanto di diritto, o proprio investimento di fatto di un diritto. Anch'esso insomma, di fronte alla *possessio corporis*, è invece (sia pure ch'io dia qualche spirito moderno a queste vecchie espressioni romane) una *possessio iuris*.

12. Si dirà (non mi nascondo le giuste censure) che converrebbe seguire passo passo lo svolgimento del possesso, massime una volta diviso in questi due sensi così distanti, ed inteso a ogni modo così largamente, lungo il diritto romano; ed, in caso con una revisione della sua teoria quale dai moderni è recata, fissare adeguatamente di quello svolgimento l'ultimo risultato dottrinale. E invero si vedrebbe anche qui un mirabile corso. Da tre forme genetiche e fin dalle XII tavole, forme che quasi in germi nitidi e spiccati contenevano tutto quello sviluppo di poi, lo si vedrebbe partire: dalla *possessio*, che si riferisce all'agro pubblico, fatto che ci porge e parola che ci esprime forse propriamente

quel mero fatto naturale che chiamai *possesso delle cose*; dall'*usus*, che è in generale il fatto di un godimento, però già applicato a diritti e condizioni di diritto, al diritto sopra tutto di proprietà o diritti allora analoghi, e parola estesa pur in seguito a diritti diversi, e rimasta sempre nella *usucapio*; dalle *vindiciae,* vero benchè provvisorio possesso di uno stato personale. E nel sistema dell'Editto, ad ogni e ognor più vario e vasto apparire delle parole *possessio* e *possidere*, si vedrebbe quel fatto avanzarsi, assettarsi, fissarsi nel diritto romano. E nel lavorio della giurisprudenza classica si troverebbe una maggior trasformazione e fusione ideale; vi si scorgerebbe esser tratta fuori dalle forme storiche intrecciantesi la più vera natura delle cose e la più vera disciplina in diritto. Potrebbe bene la etimologia di Labeone ripetuta da Paolo *(lib. 54 ad edictum)* e posta in testa a quel titolo de'Digesti giustinianei ch'è particolarmente sul possesso (fr. 1 pr. D. 41, 2), « possessio appellata est..... a sedibus..... quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit..... », ritrarci veramente la *possessio* dell'agro pubblico. Ma in quel titolo « la teoria dell'acquisto e della perdita del possesso sta unicamente come preparazione alla teoria che immediatamente vi si collega dell'usucapione » (così l'ultimo commentatore di esso titolo, Carlo Czyhlarz, nel volume di continuazione al Glück, Erlangen 1887, pagina 2); ossia in quel titolo il tema è precisamente il possesso del diritto di proprietà, secondo la più comune espressione, il possesso giuridico o se vuolsi civile. Sarebbe insomma da svelare appieno tutta una elaborazione, una evoluzione più che altro latente, o a noi latente, di cui nessun'altra forse più fine ed ardua. Al quale assunto recava testè contributo anche Maurizio Voigt, in un suo studio *Ueber die staatsrechtliche possessio und den ager compascuus der röm. Republik*, Leipzig 1887). Ma io non ho bisogno di soggiungere quanto lunga e minuta discussione ed esposizione si richiederebbero, impossibili qui.

E si dirà che dei fatti osservati e delle figure giuridiche allegate, avrei almeno dovuto dare fin d'ora precise definizioni o più positive determinazioni, se anche non avessi vo-

luto scendere ad accennare a tutta la speciale trattazione dei loro effetti e delle loro fasi; mentre poi sta a vedersi qual portata e interesse abbia, o se non forse dovesse generar confusione, la ricognizione per sè di queste astratte generalità; le quali infine io stesso confesso non nuove.

Or non nego che a me stesso dolga anche questa limitazione, del pari necessaria. Ma debbo soggiungere che a vere definizioni mi parve meglio di lasciar luogo solo dopo un più particolare studio, e così accanto ad una più rispondente giustificazione; in guisa che ne appaiano il frutto e risultato e le conforti il fondamento di riprova e dimostrazione ch'è debito. Nè intanto la ricognizione dei fatti e della natura vera delle cose, la aperta e ferma nozione in somma di quelli e questa, mi parve tuttavia inutile, qual primo passo, prima preparazione e avviamento, prima dichiarazione, e non foss'altro a sbarazzare ed appianare la via, a liberar la mente da una posizione storica e scolastica ormai accolta senza discussione, che per avventura un po' la ingombrasse e impigliasse. Mentre mi pare di più, se non m'illudo, che qualche ulteriore utilità s'intravvegga. Chè, ad esempio, la lunga e non avanzata questione, se il possesso sia un diritto od un fatto parrebbe invero doversi porre un poco diversamente da quel che si suole, se già non paresse risolta dall'indole stessa delle cose esposte. E potrebbe già sospettarsi che per le questioni stesse circa il fondamento della considerazione, protezione, efficacia giuridel possesso, e così per gli effetti giuridici propri del possesso, si debba forse distinguere, anzi dividere. Forse cioè dovendosi ammettere certe conclusioni se si guardi al *possesso delle cose;* come potrebbe parere che facesse sopra tutto il Savigny: ed altre conclusioni invece se si guardasse proprio al *possesso dei diritti* e più strettamente per eccellenza e antonomasia al *possesso del diritto di proprietà;* come potrebbe vedersi che facesse sopra tutto lo Jhering, e già facesse la scuola tradizionale italiana col concetto del diritto presuntivo così bene esposto dal Del Rosso, ed in ispecie colla presunzione di proprietà secondo egregiamente esponeva Francesco Buonamici in un apposito studio *(sul libro*

La protezione del possesso del dottore Jhering, nell'*Archivio giuridico*, vol. IX. 1872, pag. 400-426).

Nè si tema che i possessi dei vari diritti si dovessero confondere in uno per ogni rapporto, ogni disciplina, ogni effetto: tutt'altro. Ognuno di essi ritiene a ogni modo e riterrà pur sempre la sua speciale forma e figura: e di necessità e naturalmente certe conseguenze e certe determinazioni di diritto terranno dietro e corrisponderanno ad uno e non ad altro. Sopra tutto poi si distingueranno quei possessi pur a sè stanti di diritti, che al pari dei diritti stessi cui corrispondono, si accompagnano al possesso della cosa o si cumulano sovra esso ed in esso hanno quindi una precipua manifestazione. Tutta infine la vita, o l'acquisto e la perdita dei possessi dei vari diritti prenderà però norma dall'acquisto e perdita dei diritti di cui son immagine o come l'ombra.

Frattanto colle ricognizioni o glosse fin qui fatte, e fatte dietro quella ispirazione che dapprincipio manifestai, parrebbe che ad un giusto desiderio di ordinamento scientifico riguardo al possesso sarebbe soddisfatto.

A ragione osservava il Pininski che, secondo la teoria dominante, al possesso non si trova il giusto posto nell'intero sistema del diritto privato. Di solito infatti è trattato accanto alla proprietà, o come introduzione o come conclusione del trattato di essa; e se anche da taluno fu trasportato in quella parte del sistema che suol chiamarsi generale, il tramutamento fu solo estrinseco, la trattazione rimanendo dentro la stessa. E cioè confondendovisi *possesso di cose* e *possesso di diritti*, e da un unico concetto mal posto volendosi passare a sottospecie di possessi, le quali vengono poi meno felicemente a quella diversità sostanziale; e la trattazione essendo tutta sul possesso di diritto relativo alla proprietà, con più una breve appendice sulla così detta *iuris quasi possessio*. Nè potrei certo rispondere al Pininski collo Hölder (nel periodico *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, X, 3 pag. 371 e seg.), che non è questo un difetto che importi, non è un inconveniente grave da desiderare troppo di correggere; senza

che di ciò mi occorra ripetere le ragioni. Secondo le cose rilevate, ben distintamente il *possesso delle cose* e il *possesso dei diritti* debbono trattarsi. E quello è per certo uno dei rapporti naturali, elementari, di fatto, che primi debbono esaminarsi nel sistema del diritto. Ed anche questo però deve aver luogo nella considerazione in generale dei diritti: come, cioè, dei diritti in generale deve considerarsi da un lato la appartenenza o spettanza legittima, e come poi d'altro lato se ne suol trattare l'esercizio; così, quasi di mezzo a questi due termini, si deve pur rilevare in generale la condizione possibile per ogni diritto derivativo o acquisito di un mero stato di possesso, ivi ritraendone la natura e le ragioni e i tratti fondamentali e generali.

Mentrechè di poi ad ogni trattazione speciale di ogni singolo diritto derivativo o acquisito dovrà andare congiunta anche la considerazione e trattazione del suo stato di possesso, colla importanza, cogli effetti e i risultati suoi particolari, pur diversi secondo i diversi diritti rispettivamente. Così in ispecie pel trattato della proprietà, vi ritornerà prima quale primo elemento o attributo suo la considerazione del possesso delle cose; e così di poi vi avrà luogo il trattato speciale del possesso di esso diritto, ripeto il possesso per eccellenza ed antonomasia, senza però che più restino in questo trattato assorbiti e confusi e troppo a disagio gli altri possessi di diritti.

Che se infine si dicesse tutto questo mio discorso essere superfluo, perchè abbastanza già tutto ciò e questa generalizzazione si riconoscesse oggidì: io non potrei darmi per convinto. Benchè non presumessi di aver io corrisposto all'uopo, che credei invece di avvertire; e benchè del resto, io medesimo professassi di non voler far altro e mi creda non aver fatto altro che ripigliare la tradizione del diritto comune, anzi (mi parve proprio e volli additare) del diritto stesso romano e già classico. Nè mi sfugge quel che già altri fra i moderni ne toccò con eguale continuazione e avviamento. Non in ispecie gli ultimi paragrafi di Carlo Giogio Bruns (nel suo *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart,* Tübingen 1848); nè fra noi lo studio di

Filippo Milone *(Il possesso delle cose e dei diritti*, Napoli, 1875); nè gli accenni di altri scrittori; nè infine le espressioni legislative più importanti, ben riassunte anche, con intento scientifico, dallo Stobbe *(Handbuch des deutschen Privatrechts,* Berlin 1883, vol. II, § 75), e non in ispecie la nostra. Ma parmi poter dire che nessuna opera recente trovai, fra le straniere e fra le nostre, la quale tanto veramente ed intimamente s'informi all'ampio concetto e alla generale figura giuridica del possesso dei diritti qui discorso, quanto le opere di un nostro egregio magistrato e scienziato, Assuero Tartufari *Del possesso qual titolo di diritti*, Torino 1878-79, e *Degli effetti del possesso* Torino 1886), verso il quale mi gode l'animo di professare con riverenza pari alla stima, che proprio da esse io trassi chiara e ferma la idea, che qui esposi.

Che se questo mio scritto si volesse pur riguardare solo come un saggio, una promessa, un'introduzione di più largo lavoro, sospendendone ogni sentenza, io non me ne chiamerei che contento.

Parma, 5 maggio 1888.

GIUSEPPE BRINI

DELL'ORIGINE DEI LEGATI

Memoria di Carlo Fadda

Con molta cura e con spiccata predilezione sogliono gli storici del diritto romano intrattenersi nel determinare la successione cronologica delle ben note quattro forme di legato *(genera legatorum).* Ma, salvo rare eccezioni, — e qui certo merita di essere menzionato al primo posto Hölder (1) — non si fa tale studio col porre a riscontro la storia del legato con quella delle forme del testamento. Eppure questa ne sembra la sola via per giungere a probabili risultanze in ordine al primo sorgere del legato. È intento appunto di questa nostra scrittura lo indagare se coevo al testamento sia l'istituto del legato: se questo fosse possibile in tutte le forme testamentarie: quale infine sia stata la maniera, onde si venne concretando questa figura giuridica, che del diritto romano trasfuso nelle moderne legislazioni è davvero *pars magna.* E poichè d'altra parte non vi può essere seria indagine, se la possibilità dell'esistenza del legato non si studî in relazione a forme concrete, così, e lo diciamo fin d'ora, faremo capo sempre alle due figure primordiali e tipiche, e cioè al *legatum per vindicationem* ed a quello *per damnationem* (2).

(1) Beiträge zur Gesch. d. röm. Erbrechts. c. II. III. IV, Erlangen 1881.

(2) Coi più riteniamo che queste due forme abbiano preceduto le altre, le quali ne sono derivazioni o modificazioni. Cfr. però in contrario da un canto Hölder op. cit. p. 78 che fa precedere il *l. sin. modo* a quello *per vindic.*, e dall'altro Ferrini, legatum optionis,

La questione prima è essenzialmente questa. Esisteva il legato nel testamento comiziale? La grande maggioranza degli storici risponde affermativamente: anzi, per quanto sappiamo, non fu la negativa sostenuta da alcuno. Ma, come suole accadere, vi è profonda discordia in ordine a' particolari. Il Maynz (1) ritiene che il legato vi sia stato in ogni epoca del diritto romano. Alcuni ammettono in genere il legato nel *testamentum in calatis comitiis*, senza però pronunziarsi in ordine alla sua forma (2); altri ammette tutte due le forme suindicate (3); vi è chi ammette il solo legato *per vindicationem* (5), e chi solo quello *per damnationem* (4). Recentemente si sostenne che il testamento comiziale *poteva* constare di soli legati, o disposizioni particolari: la *heredis institutio* non sarebbe stata necessaria (6). Che più? Si è arrivati perfino ad affermare, che l'antichissimo testamento non constava che di disposizioni a titolo particolare: la *heredis institutio* non sarebbe stata possibile (7). Noi non ci peritiamo di affermare, che il legato era incompatibile colla essenza del *test. in cal. comitiis;* che restò sconosciuto alla legisla-

---

pagine 1 nota 2 il quale per contro lo fa precedere a quello *per damnationem*. Le ragioni addotte da'due valenti romanisti non ci persuadono: ma non è questo il luogo opportuno per una confutazione.

(1) Cours de droit romain (4ª ed.) III § 411 p. 525. « À côté de la succession uni- « verselle à cause de mort..... les Romains ont *de tout temps* admis une succession par- « ticulière dans telle chose ou tel droit déterminé du défunt. »

(2) Köppen, System des heutig. röm. Erbrechts. Leipzig, 1863 p. 55. Per lui il *test. in cal. comitiis* constava di due parti: la *sacrorum detestatio*, che, in una ai *sacra*, trasferiva nell'erede il patrimonio del testatore, ed i *testamenta* « die nichts Anderes als « die letztwilligen Dispositionen des Erblassers zu Gunsten Anderer bezeichnen können. » Così pure generica è la maniera con cui si esprime il Muirhead, historical introd. to the private law of Rome § 32 p. 168. « A testament was the nomination of a person as the « testator's heir, — sometimes the substitution of an individual of the testator's choice for « the heir assigned to him by law, sometimes the acceptance of the latter in the charac- « ter of testamentary heir, *so that the testator might be able to impose upon him what burdens « he pleased as the tacit condition of heirship.* » Però tale maniera di esprimersi accenna più propriamente a legato *per damnationem*.

(3) Cfr. Mommsen, Staatsrecht III (1887) p. 320. Vedasi pure Maynz III § 421 p. 580.

(4) Voigt, Die XII Tafeln. I § 23 p. 232 nota 33; II § 90 p. 217.

(5) Hölder, Op. cit. capo IV.

(6) Cuq, Recherches historiques sur le test. per aes et libram, Nouv. Revue hist. X (1886) p. 537 s. e passim.

(7) Kuntze, Cursus d. röm. Rechts § 817; Excurse über r. R. p. 611 s.

zione romana, fino a che la legge decemvirale nol sanzionò in relazione alla *familiae mancipatio*.

I.

Che il testamento comiziale fosse atto della comunione, non della volontà individuale, non mi par dubbio, ed è del resto opinione omai prevalente. L'organamento della famiglia e della proprietà in Roma, inspirato alla comproprietà degli agnati e gentili, doveva sicuramente escludere l'arbitrio individuale. Al testamento, nel senso che a tale parola attribuiamo noi moderni, ostavano le ragioni del culto. Immaginare che ne' comizî il cittadino dichiarasse la sua volontà e che il popolo facesse solo da testimonio, è andare contro l'esperienza fondata sulla storia degli antichi popoli ariani (1). Contro questo argomento fondamentale s'infrangono tutte le sottili illazioni dal significato di *testamentum,* e dal *testimonium mihi perhibetote* della formola della *nuncupatio* nel posteriore testamento privato. *Testari* ha diversi significati, ma sempre in relazione al concetto di testimone (2). Ma è appunto il significato vero di *testis* che è in questione. Come il *testis* in generale, si suole affermare (3), così anche il popolo adunato ne' comizi non ha agito, cioè, votato, ma solamente assistito ossservando *(wahrnehmend)* ad un atto, ossia ne prese contezza. E si fa richiamo in proposito a quanto è scritto nella Parafrasi dello Pseudo-Teofilo (II. 10. 1. Ferr. p. 154. 16): ὁ βουλόμενος ὑπὸ μάρτυρι διετίθετο τῷ δήμῳ. Nota però assennatamente il Mommsen (4), che la testimonianza non esclude affatto il diritto di conferma, come del resto non l'esclude in ordine alla *sacrorum detestatio*. D'altro canto non si pone mente, che *testis*, come lo prova la sua etimologia (5),

(1) Muirhead, Op. cit. p. 47 Fustel de Coulanges, la cité antique (11ª ediz.) p. 87

(2) Kipp, Die Litis-denuntiation als Prozesseinleitungsform im röm. Civilprozess Leipzig 1887 § 10 p. 59.

(3) Voigt Op. cit. I, 171.

(4) Staatsrecht III, 319 s. nota 3.

(5) Ihering Sp. del D. R. (1ª ed. fr.) I. 144 s.

non ebbe sempre significato meramente passivo. Esso non assiste all'atto solo per affermare la verità del contenuto di questo, ma dell'atto è partecipe, coautore, garante: deve essere chiamato per tale partecipazione e darvi il suo assenso (1). E dei differenti significati di *testari*, quello onde trasse poscia il suo nome il testamento, è proprio quello che accenna all'invocazione de' testi (2). Onde il requisito, mantenuto anche nel diritto posteriore, della *rogatio*. È facile capire che il popolo poteva accordare o negare l'assistenza.

Del resto, sotto qualsiasi forma la si voglia immaginare, certo è che la partecipazione del popolo all'antico testamento era tale da render questo un atto della volontà generale, della comunione (3). Pensare il popolo soltanto quale teste, che valesse a conservare la memoria del contenuto del testamento, non è serio, sia pure tenendo presenti le condizioni di un piccolo stato. « Ces comices par curies, scrive il Fu-« stel de Coulanges, étaient la réunion la plus solennelle de « la cité romaine; il serait puéril de dire que l'on convo-« quait un peuple, sous la présidence de son chef religieux, « pour assister comme simple témoin, à la lecture d'un tes-« tament » (4). Sarebbe bastato il popolo adunato in concione, senza ricorrere a quella forma d'assemblea, in cui si sustanziava l'organamento politico primitivo di Roma. Vi è stato, è vero, qualcuno, che fondandosi sopra il noto passo di Aulo Gellio (N. A. XV, 27), in cui si riferisce che, secondo Labeone, i testamenti si facevano *in populi contione*, pretese negare la convocazione di veri comizî. Ma lo stesso Mommsen, che per lo innanzi professava tale avviso, scrive ora (5), che anzi l'attenta osservazione del modo d'esprimersi di Labeone mostra che la *contio* è parte integrante de' *comitia*, e che l'accenno a votazione, contenuto nell'ultima espressione, non perde l'efficacia a causa di quell'aggiunta. Però se di veri comizî si tratta, non si capisce punto che

(1) Ihering l. c.

(2) Kipp l. c. nota 5.

(3) Così anche Hölder c. II.

(4) La cité antique p. 89.

(5) Staatsrecht III, 320 nota.

il popolo assistesse quale mero teste (1). Il vero è che qua il popolo interviene quale garante: il testamento è basato sull'*auctoritas legis*. La volontà della comunione toglieva efficacia al vincolo che stringeva la *familia*, il patrimonio famigliare, alla *gens*, agli agnati, ai *sui heredes:* fissava il nuovo titolare per l'*universum jus* del *civis*. Questo prova appunto, che deve qua trattarsi di vera *lex*, che la partecipazione del popolo aveva luogo per via di votazione. Il Mommsen (2) assume, che appunto l'esclusione dell'erede legale *(des gesetzlichen Erben)* sta a mostrare, che noi ci troviamo di fronte ad un *privilegium;* che coll'essenza della comunione delle *gentes*, e col diritto sacro alligato alla *gens*, è in via di principio incompatibile il libero diritto di testare: e che anche da questo lato pare credibile, che alla successione legale si sia anzitutto derogato di straforo con privilegi singolari, e quindi abbia essa perduto il suo carattere coattivo (3). Hölder solleva difficoltà contro questo modo di vedere (4). « Che alla successione legale si possa derogare solo con una legge, è principio la cui applicazione « presuppone la esistenza di una successione legale, non « meramente sussidiaria. Una successione legale, cioè rego« lata dalla legge, vi è però dopo le XII Tavole (e manca « ogni ragione per ammetterla prima), ma condizionata dalla « mancanza di un'ultima volontà. Come per verità la suc« cessione degli *heredes sui* è più antica delle XII Tavole, « così lo stesso potrebbe essere della successione degli agnati « e dei gentili: ma essa allora fino alle XII Tavole (ciò « che per la posizione degli *heredes sui* restò anche dopo « queste) non sarebbe stata fondata in una legge, ma nel« l'organamento della famiglia non creato da alcuna legge. « Ma ciò è poco probabile data la maniera con cui le XII

(1) Vedi però in contrario HÖLDER Op. cit. p. 39 s.

(2) Op. cit. 320 sg.

(3) Cfr. KÖPPEN Syst. p. 13.51; SCHIRMER Handbuch d. röm. Erbrechts, Leipzig 1863 p. 48 e nota 5, Il FUSTEL DE COULANGES così scrive a pag. 89: « Il y avait, en effet, une « loi générale qui réglait l'ordre de la succession d'une manière rigoureuse: pour que cet « ordre fût modifié dans un cas particulier, il fallait une autre loi. Cette loi d'exception « était le testament. »

(4) Op. cit. p. 27.

« Tavole *ordinano (anordnen)* la successione degli agnati e « dei gentili in antitesi a quella *presupposta* degli *heredes* « *sui.* » E più in là (1): « Certo sarebbe stata necessaria « una legge per riescire ad attuare disposizioni che anda- « vano ad urtare contro una *lex:* se invece era il diritto « privato di certe persone, non fondato sopra alcuna *lex*, « quello che si trattava di vincere per via della volontà « generale, è certo una *petitio principii* l'affermazione che « questa volontà non potesse esplicarsi senza votazione del « popolo. » Ma questi riflessi non ci paiono decisivi. È certo che il diritto dell'*heres suus,* tanto prima quanto dopo la legislazione decemvirale, non si fonda sopra una *lex*. Ma crediamo che prima delle XII Tavole il diritto degli agnati e gentili avesse identico carattere. I decemviri non fecero che rendere sussidiario *(si intestato moritur....)* quello che per lo innanzi non poteva essere menomato da disposizione privata. Il difetto di una *lex* non suffraga però la conseguenza cui arriva Hölder. Vi è qualche cosa che è al di sopra di una *lex*, ed è la costituzione fondamentale, l'organamento politico della comunione. E questo organamento osta a che l'*heres suus,* gli agnati, i gentili sieno spogliati dei beni che loro spettano. È ammissibile, specialmente secondo le idee romane, che ciò cui la volontà privata non può toccare, perchè fondato sopra una *lex*, sia dato in balìa di quella, se invece ha la sua ragione nella costituzione stessa dello Stato, in quelle norme che si riannodano ad alti interessi politici, sociali, religiosi? Non è un diritto privato che si sarebbe trattato di vincere, bensì di scompaginare tutto l'organismo della comunione. Non è una successione vera quella degli *heredes sui,* degli agnati, de' gentili, ma, come più volte è detto, un ritorno, fondato sopra la costituzione stessa sociale. È concepibile, dato il carattere gentilizio della primitiva comunione, che questa non abbia sempre con cura gelosa posto mente alle variazioni nell'ordinamento della proprietà e riservato a sè ogni deliberazione in ordine alla sostituzione di uno ad un altro cittadino nel godimento de' beni genti-

(1) A p. 37.

lizî? Ciò non è possibile, perchè la comunione interviene ogni qual volta l'interesse suo è in giuoco. Il diritto degli agnati e gentili non è semplicemente sussidiario, ma principale, esclusivo. Per annientarlo occorre l'intervento della comunione, il quale ha appunto luogo per via di *lex*, di *privilegium*, figura molto comune nell'antica Roma, forse più comune della legge generale. Basti rammentare che secondo l'antichissimo diritto non si ha di regola una legge penale generale, ma la punizione ha luogo a mezzo di *privilegia*. Conchiudendo: le osservazioni di Hölder non toccano la verità dell'affermazione del Mommsen.

Che il testamento comiziale avesse carattere di vera *lex* è pure mostrato da una considerazione linguistica, con tanta evidenza fatta valere da Ihering (1). L'imperativo è la forma con cui si esprime la *lex*, e contiene un ordine, un imperativo categorico, che di regola non compete a' magistrati ne'loro editti, neppure al Senato, come a quelli che non avevano podestà legislativa. E nell'istituzione di erede appare precisamente spiccato quest'uso dell'imperativo. *Heres esto; exheres esto, cernito.* Nessuna spiegazione migliore vi è di quella, che risale al carattere legislativo dell'antico testamento, e di questo fa una vera e propria *lex* (2).

Di fronte a questi riflessi non mi par serio il richiamo all'affermazione dello Pseudo-Teofilo, autorità poco sicura in fatto d'istituzioni andate in disuso da tanti secoli, e di cui era facile l'equivoco in ordine al senso primitivo del *testis*. E in quanto alla formola della *nuncupatio*, nulla di più vero, che essa altro non fosse se non l'inserzione, per così dire, dell'antico testamento pubblico nella *familiae mancipatio* per darle il carattere di vero e proprio testamento. L'invocazione stessa dei *Quirites*, come osserva il Mommsen (3), meglio si attaglia ad un' assemblea popolare, che a' pochi testimoni della *mancipatio*. Con tutto ciò quella formola

(1) Op. cit. III, 287.

(2) Diremo appresso per quale ragione anche le formole relative a istituti ammessi nel testamento quando questo non era più una *lex*, fossero concepite *legis modo, id est imperative*.

(3) Staatsrecht III, 319, nota 3.

nulla prova contro di noi. Anche qui infatti si pretende dare al *testimonium mihi perhibetote* una importanza esclusiva, mentre l'espressione può benissimo conciliarsi col nostro avviso. Certo nella *nuncupatio* non ha e non potrebbe avere altro significato che quello di semplice testimonianza: ma da ciò non può argomentarsi al significato che alla formola spettava nel testamento pubblico, sia perchè potrebbe questa non essere passata completa nella *nuncupatio*, sia perchè nell'epoca, in cui la inserzione di essa nella *familiae mancipatio* avvenne, si era affievolita la nozione del *testimonium*, e, se non forse in quanto alla forma, certo sostanzialmente l'assistenza del popolo divenne passiva. Infatti il *test. in cal. comitiis* naturalmente non poteva conservare la sua indole primitiva dopo che il comizio curiato ebbe perduta mano a mano la sua influenza, appunto perchè il centuriato faceva meglio ragione alle giuste esigenze delle parti onde constava la comunione, e prese la prevalenza *(comitiatus maximus)*. Un' assemblea prevalentemente patrizia, organata per genti, doveva appunto veder scomparire la sua potenza collo sgretolarsi dell'edificio antico, quando l'ordinamento gentilizio si appalesò decisamente come un ostacolo al fatale affiatamento delle due parti, per la formazione della città nel vero suo senso. Talchè all'epoca della cacciata dei re questo scadimento è compiuto quasi. Sia pure che questa rivoluzione fosse opera di patrizî e mezzo di riafferrare l'antico predominio, essa però non poteva salvare l'organamento gentilizio di fronte al trionfante organamento civile. Certo all'epoca dei Decemviri non era abolita l'antica forma di testare, ma non può avere avuto pratica importanza. È stata da qualcuno in proposito messa innanzi la ipotesi, che la legge decemvirale col celebre *uti legassit etc.* abbia abolito il voto del comizio, e data efficacia giuridica per sè stessa alla dichiarazione di volontà fatta davanti al popolo (1). Ma anzitutto *l'uti legassit*, come vedremo, non si riferisce se non ai legati e disposizioni a titolo particolare; d'altro canto nel *legare* nulla vi è che accenni a dichiarazione so-

(1) Arndts, Continuaz. del Glück, I (XLVI) § 1517ª p. 10.

lenne fatta davanti al popolo. È nostro avviso adunque, che il testamento comiziale fosse una vera *lex*, ed in base a questo avviso ragioneremo della possibilità dell'esistenza di disposizioni a titolo particolare in questa forma di testamento (1).

II.

La ragione stessa dell'intervento del popolo nel testamento prova contro la possibilità del legato. Il popolo interviene per salvaguardare gli interessi degli *heredes sui*, degli agnati, de' gentili, in quanto la violazione di essi era lesiva dell'interesse della comunione. Si capisce che la comunione interloquisca sulla sostituzione di uno ad un altro cittadino, sulla successione *in universum jus:* ma non si sa vedere per qual ragione sarebbe stata chiamata a creare rapporti singoli, attribuendo la proprietà di una o più cose a terzi, o a favore di questi imponendo obbligazioni personali all'erede. La cosa è logica e conseguente da canto di quelli, che nell'antichissima città fanno intervenire il popolo per ogni atto di alienazione o d'obbligo, considerando il *gestum per aes et libram* come un surrogato della deliberazione o assistenza de' comizî. Ma, già altra volta lo dicemmo (2), questa opinione non è seria. Basterebbe già a mostrarne la erroneità, la circostanza, che nel testamento *per mancipationem* il richiamo a' testi come *Quirites*, epperò come rappresentanti del popolo, non è già nella *mancipatio,* ma nella *nuncupatio.* La *mancipatio* fu sempre atto privato, e mantenne anche esteriormente tale carattere: la *nuncupatio* testamentaria per contro è la trasformazione dell'antico testamento comiziale, epperò ne ha in sè la traccia (3). Tolta di mezzo questa strana opinione, l'intervento del popolo

(1) Naturalmente non abbiamo inteso trattare a fondo la difficile questione storica sulla vera essenza del *test. in cal. comitiis*, ma semplicemente dare le ragioni capitali di quell'opinione, che poniamo a base dell'ulteriore svolgimento di questo scritto.

(2) Lezioni di dir. romano (raccolte dagli studenti) p. 54 s. n° 44.

(3) Come di solito l'ha ogni atto sostituito al comizio,

per approvare i legati non s'intende, nemmeno per salvaguardare i *sacra*, perchè di questi risponde l' erede, e solo dopo Coruncanio vi è la responsabilità pel legatario.

Non è dubbio che il testamento comiziale dovesse avere la istituzione di erede, e che le citate ipotesi del Kuntze e del Cuq non possono trovare accoglimento. La ragion d'essere del testamento comiziale, la necessità di un continuatore della persona del *civis*, l'interesse della religione pei *sacra*, cui provvedeva specialmente la previa *causae cognitio* de' *pontifices*, la inverosimiglianza che il popolo dovesse occuparsi delle liberalità che il cittadino voleva fare di una o più cose, tutto sta a rendere inaccettabili queste ipotesi. Lo Schulin (1), mentre riconosce, che nel testamento comiziale vi poteva essere una *adrogatio*, da avere effetto alla morte del testatore, afferma che non si trova nelle fonti alcuna risposta alle ulteriori questioni, se potesse in quel testamento farsi una istituzione di erede anche sotto forma diversa dalla *adrogatio*, o se piuttosto il testatore non dovesse tralasciare ogni istituzione di erede e solo fare disposizioni singolari. Ora a noi pare, che questo silenzio delle fonti non si possa incondizionatamente ammettere. Tanto era necessaria la istituzione di erede quando si ricorse al ripiego della *familiae mancipatio*, che il *familiae emptor* fu detto essere HEREDIS *loco:* il che prova quanto fosse, già prima di sorgere il testamento privato, radicata l'idea della necessità di trasmettere lo *universum jus*. Non basta: è nel commentare le parole delle XII Tavole « *si intestato moritur* » che i giureconsulti posteriori fanno applicazione della massima *testamenta vim ex heredis institutione accipiunt* (2), e benchè a noi sembri che in quel disposto sia compreso anche il testamento privato, tuttavia esso si riferisce di certo anche al pubblico. Certo la massima ha subìto una trasformazione, in quanto fu applicata poi anche alle nuove forme di disposizione, che non esistevano nel testamento comiziale, ma ad ogni modo nella sua sostanza è inalterata. D'altra

(1) Das griechische Testament verglichen mit dem römischen. Basel 1882 p. 54.

(2) Cfr. fr. 28, 2, 9, 2; Pauli S. IV, 8, 1.

parte la necessità della *heredis institutio* è provata da ciò, che non si poteva agire pei debiti se non contro l'erede, e, sia che questa norma l'abbia introdotta la legge decemvirale, sia che fosse più antica, essa sta a provare che nei primordi del IV secolo la figura dell'erede testamentario non solo era conosciuta, ma tanto già si era in ordine ad essa travagliata la giurisprudenza, che in quell' epoca si arrivò a darle legislativamente tale carattere da pareggiarla alla figura tipica e primordiale dell' *heres,* all' *heres suus*, vincolando l'erede al pagamento dei debiti. Giustamente poi rileva Hölder (1), che in realtà deve il testamento privato avere avuto minore e non maggiore efficacia del pubblico. « Non « può appunto la *heredis institutio* specificamente propria « del testamento avere avuto la sua radice in quella forma « testamentaria, che appare semplicemente come applicazione « di una forma generale di alienazione. »

III.

Ma a provare la verità del nostro assunto basta porre in relazione al *test. in cal. comitiis* le due figure tipiche di legato. Come quella che più si dispaia dalle altre, esporremo anzitutto l'ipotesi di Hölder (2). La prima figura di legato sarebbe la *damnatio* nel testamento comiziale, la quale del suo carattere di diritto pubblico, di espressione della volontà universale, porterebbe ancora l' impronta nelle due particolarità (che malamente si pretenderebbe spiegare facendo ricorso al *nexum*) della *poena dupli* in caso di diniego, e della applicabilità, per la sua estinzione, della *solutio per aes et libram* (3). Sarebbe inverosimile che la formola *damnas esto,* nella quale si scorge all'evidenza la espressione della volontà iniziale, come appare da ciò che tale formola trovasi

(1) Op. cit. p. 50.

(2) Op. cit. p. 29 s.; 73 s.

(3) Cfr. pure SCHULTZE, Privatrecht etc. p. 495 nota 1: Ebenso stammt die *Damnatio* durch Testament aus der Zeit, in welcher dieses eine *lex* war.

appunto nelle antiche leggi, sia venuta dopo l'altra *do lego*, affermazione energica della volontà individuale, epperò certo di un' epoca, in cui la libertà di testare era riconosciuta all'individuo senza sindacato popolare o pontificio. D'altra parte secondo l'antico concetto romano l' *heres* è *successor in omne jus mortui*, e mentre combina perfettamente con tale concetto il *l. p. damn.*, che nessun diritto, nessuna cosa eccettua dalla successione, ma impone soltanto obblighi all'erede, vi ripugna quello *per vindicationem*, che evidentemente sottrae una o più cose dal compendio ereditario. Dall'acquisto dell'eredità per parte dell'erede alla attribuzione immediata di qualche cosa ereditaria a vantaggio di un terzo non vi è termine di transizione: dall'obbligo imposto all'erede di pagare i debiti ereditarii è invece un passo all'obbligo di pagare anche quelli che non presero vita nella persona del testatore, ma che questi creò a carico dell'erede, e solo vi è la singolarità che in forza di ultima volontà *obligatio ab herede incipere potest*. Per essenza sua il legato richiede un onorato ed un onerato: e tale antitesi spicca nel *l. p. d.* non già nel *l. p. v.* Infine, il S. C. Neroniano considera il *l. p. d.* come quello cui eventualmente ogni altra figura di legato può essere ridotta.

Ma non crediamo che tali argomenti sieno persuasivi. La formola *damnas esto* ha di certo carattere legislative (1): ma non soltanto questo carattere. Mi riferisco in proposito a quanto scrive il Brini (2), del quale accetto la conclusione, che « come *damnum* e *damnas*, non altrimenti *damnare* e « *damnatio* sono appropriati ad esprimere precisamente un' ob-« bligazione, e questa creata non dalla libera volontà, ma « dalla imposizione altrui, e cioè, o di un privato, o della « legge, o di un magistrato » (3). E quanto all'imperativo esso non ci deve fare meraviglia. Una richiesta od imposizione da privato a privato se, di regola, non può, e facilmente se ne intende la ragione, essere formulata all'imperativo, lo

(1) Cfr. Zschr. f. Rechtsgesch. III, 344, 360 s. (Kleinere Schriften I, 317, 319 s.) e XII. 118, 122 s. (Kl. Schr. II, 290, 294). ARNDTS, Op. cit. I p. 20 nota 43.

(2) La condemnatio nelle legis actiones p. 22 sg.

(3) Op. cit. p. 25.

può invece quando è certo che vi sarà ottemperato (1). E qui è proprio il caso, perchè essa è rivolta all'erede per la ipotesi della accettazione, e questi appunto colla accettazione si vincola ad ottemperare alla richiesta o imposizione. D'altra parte dobbiamo fin d'ora accennare, che quando la *familiae mancipatio* assunse forma e carattere di testamento, le disposizioni tutte furono di regola concepite all'imperativo per imitazione dell'antico testamento, di cui si trapiantava per così dire il simulacro nel negozio giuridico primitivo: anche quelle disposizioni, come ad esempio il *leg. per damnationem*, che erano incompatibili col testamento pubblico. E ciò perchè, a fine di dare il carattere di testamento ad un atto, che in sè era tutt'altra cosa, si cercò di dargli quella esteriorità che era propria del testamento comiziale, come appare anche dall'avervi trasportato la formola della *nuncupatio* colla invocazione a' Quiriti. Ulpiano (XXIV. 1.) a proposito dei legati scrive appunto: *legis modo*, *idest imperative*, accenno evidente a questa imitazione dell'antico testamento, ed al carattere legislativo di questo. Forma solo eccezione il *leg. p. v.*, e noi, a suo tempo, ne diremo la ragione.

Non ci sembra più felice l'argomento fondato sulla *poena dupli* in caso di *infitiatio* e sulla possibilità della *solutio per aes et libram* in ordine al *l. p. d.* Già Huschke (2) riduceva, come Hölder, i casi di raddoppiamento per diniego a *judicatio* e *per aes et libram gestum*, e ne trovava la ragione: 1° nell'avere essi una base di diritto civile di carattere pubblico *(civilrechtlich publicistisch)*, ed essere quindi quasi debiti pubblici, fondandosi la *judicatio* sull'ordinamento de' tribunali stabilito dallo Stato *lege*, mentre il *per aes et libram gestum* è atto compiuto originariamente nella assemblea popolare, e del pari confermato per legge; 2° nell'avere per oggetto un *certum*. Hölder (3) trova che nel *l. p. d.*, fondato sulla volontà del popolo, il carattere di diritto pubblico è più diretto ed immediato. Che abbia ragione Huschke di far rientrare il *l. p. d.* sotto il concetto del *per aes et libram*

(1) Ihering, Sp. del D. R. III, 286.

(2) Zschr. f. geschichtl. R. W. XIII, 263 s.

(3) Op. cit. p. 74.

gestum mi pare probabile, benchè la relazione di questa categoria con un' originaria deliberazione comiziale sia inaccettabile. Argomento non disprezzabile è appunto quello che Hölder contesta, che cioè come già nel *nexum* così nel *l. p. d.* non si poteva dapprima parlare di altro obbligo, che di *pecunia certa*. Hölder dice, essere tale restrizione affatto estranea alle fonti. Ma, osserviamo col Brini (1), che le fonti conservateci, e che accennano a prestazioni d'ogni sorta, sono dell'epoca imperiale. Queste fonti stesse però, ove attentamente sieno studiate, ci danno modo di risalire all'origine. Anzi tutto è propria del pagamento de' legati *p. d.* la *sol. p. aes et libram* (2). Ora non si saprebbe intendere perchè questa forma di liberazione relativa a somme certe sia stata applicata al *l. p. d.*, se questo in realtà originariamente si riferiva ad ogni sorta di prestazione. D'altra parte Gaio (III, 173-175) parifica interamente l'*heres* onerato di un legato *per damnationem* al *condemnatus in judicio* durante il sistema formolare, vale a dire ad uno obbligato a pagare una certa somma di denaro: « sicut iudicatus condemnatum se esse significat, ita heres se dare damnatum esse dicat » (3). E di più il significato di *damnare*, a cui sopra abbiamo accennato, conferma il nostro modo di vedere. Ma importante è il § 171 del IV commentario di Gaio, poichè ivi si pongono a raffronto i casi della *poena dupli* con quelli in cui è permessa la *sponsio tertiae (vel dimidiae) partis*, casi che fuor di dubbio si riferivano a *pecunia certa* (4). Ciò rende assai probabile l'ipotesi, che il *l. p. d.* originariamente avesse per oggetto soltanto *pecunia certa*. E ammettendo ciò resta agevolata la spiegazione della ragione d'essere del *l. sinendi modo*, senza ricorrere a sottili concepimenti. Del resto è ben possibile immaginare anche qua un successivo svolgimento, come nella *lex Cornelia de adpromissoribus*, come nella *con-*

(1) Op. cit. p. 24.

(2) BRINI, l. c.

(3) BRINI, l. c. Non si capisce davvero come da questo passo HÖLDER p. 76 nota 5, voglia invece dedurre un argomento in contrario.

(4) BRUNS, Zschr. für RG. I. 54 (Kl. Schr. I. 243 s.); DEMELIUS, Schiedseid und Beweiseid § 11.

dictio certi, nella *a. de pecunia constituta*, nello *jusjurandum in jure delatum*. Svolgimento che ne pare risulti manifestamente anche dalle dispute intorno all'applicabilità della *sol. per aes et libram* di cui in Gaio III, 175. Tal che, se è vero che le fonti non parlano direttamente della restrizione da noi affermata, non è men vero, che da esse si traggono forti argomenti per tale restrizione. Del resto a provare, che l'applicabilità della *sol. p. aes etc.* è decisiva nel senso di far rientrare il *l. p. d.* nel concetto del *gestum per aes et libram*, basta far capo al notissimo aforisma romano, che *unumquidque dissolvitur eo modo quo colligatum est* (1). In via di principio non è da ammettere, che la *sol. per aes et libram* possa riferirsi ad altri obblighi che a quelli creati *p. aes etc.* Nè deve in contrario addursi l'esempio della *obligatio judicati*, certo non fondata sul *nexum*. A nostro modo di vedere il caso normale di *nexi liberatio* è quello relativo all'*obligatio* derivante dal *nexum*. Ma, per ragioni speciali, questo modo solenne di liberazione fu poi mano a mano esteso fuor della cerchia normale (CERTIS *ex causis*), non certo ispirandosi a criterî d'indole generale, come alcuni pretendono (2). Se un principio generale avesse inspirato questa estensione bisognerebbe applicare la *nexi liberatio* ad ogni *damnatio*, proveniente da qualsiasi causa; conseguenza inammissibile. Finchè non ci consta di una ragione speciale relativa al *l. p. d.*, nostro dovere è di conchiudere, che qua si ha un'applicazione normale della *nexi liberatio*. In buona sostanza, senza ricorrere al carattere legislativo del *l. p. d.*, si spiega benissimo il *damnas esto*.

Ma la figura della *damnatio* quale è immaginata da Hölder si appalesa infondata anche per altri riflessi. È punto controverso assai, se soltanto la legge decemvirale abbia vincolato in genere l'erede al pagamento dei debiti ereditarî. Ammessa però, secondo l'opinione prevalente, l'affermativa (e per essa stanno pure decisamente le fonti, che, sebbene de' tempi ultimi, tuttavia, trattandosi dell'afferma-

---

(1) REIN, Privatrecht p. 359; IHERING, Sp. del D. R. III, 308; BEKKER, Aktionen I. 29 s.
(2) VOIGT, XII Taf. II, 458 s.

zione di un punto concreto così preciso, meritano fede) non è concepibile, che mentre non passano nell'erede i debiti già sorti a carico del defunto, possa invece questi crearne di tali, che sorgono solo nella persona dell'erede. Se, pure succedendo nella posizione giuridico-patrimoniale del defunto *(in universum jus)*, non è tenuto pei debiti in genere, non si sa vedere come il fatto della successione possa vincolarlo per questi debiti speciali. Tanto più poi che se il diritto romano ha mantenuto fino a Giustiniano per gli atti fra vivi la massima *ab herede obligatio incipere non potest*, non si capisce come già fin da' primissimi tempi si derogasse a questa massima per gli atti di ultima volontà, senza che si indichi un termine di transizione, che spieghi come si sia arrivati a tal deroga. Una eccezione così brusca, recisa, non è conforme al carattere dell'antico *jus civile*. E si noti bene che a' Romani non sfuggì punto, che anche l'*obligatio* derivante *ex legato* era una vera e propria obbligazione ereditaria. *Hereditariarum actionum loco habentur et legata, quamvis ab herede coeperint* (fr. 44. 2. 40). La specialità dell'obbligo non può addursi a legittimare l'antichità della deroga, perchè se si capisce che un'eccezione di tal fatta si sia potuta stabilire da giureconsulti più colti e sottili, e trovando il necessario punto d'appoggio, non è verosimile che appartenga ad un'epoca, in cui le norme giuridiche avevano carattere assoluto.

Tanto più poi è da ripudiare il concetto di Hölder, in quanto non si intende la *damnatio* senza che siavi il consenso dell'obbligato. Di assenso dato dall'*heres* ne'comizî non può esser parola, sia perchè nulla ci è riferito in proposito; sia perchè la successione contrattuale non risponde al concetto romano, e solo come ripiego fu poscia adoperata la *familiae mancipatio;* sia perchè la donna non ha capacità comiziale, ragione per cui non poteva originariamente testare, e che avrebbe dovuto anche escluderla dalla capacità di acquistare per testamento, se a quest'atto essa avesse dovuto prender parte, il che è certamente falso (1). D'altra

(1) Lo stesso riflesso vale per l'impubere.

parte per gli eredi estranei si trova sempre posta la necessità dell'accettazione posteriore, che *poteva*, e forse un tempo *doveva*, essere fatta in modo solenne *(cernere hereditatem)*. La istituzione di erede fu sempre considerata nei veri testamenti (epperò non di certo nella *familiae mancipatio)* come atto unilaterale, indipendente dal concorso dell'istituito: e la accettazione si tenne come cosa distinta, e sempre posteriore, anzi non ammessibile, come legalmente efficace, prima della delazione. Di fronte a queste considerazioni non ha certo peso l'ipotesi del Maynz (1). « È permesso supporre, scrive egli, che originariamente i testamenti si « facessero ne' comizî in presenza dell'erede e del legatario. « Epperò il diritto che formava l'oggetto del legato, doveva « essere acquistato al legatario di pien diritto, al momento « dell'apertura della successione: a tal uopo nessuna mani- « festazione di volontà da canto suo era necessaria, pel « motivo che egli aveva concorso all'atto stesso che aveva « creato il suo diritto. Ciò è incontestabile pei legati *p.* « *vindic.*, ed almeno probabile per i legati *p. damnat.*, salvo « ad ammettere forse riguardo a questi ultimi, che l'erede « gravato poteva renderli inefficaci ripudiando l'eredità. » Ma in nota poi si soggiunge: « È anche possibile, per non « dire probabile, che in quest'epoca l'erede, che avea con- « corso alla formazione del testamento, non avesse il diritto « di ripudiare ». Ma qua non si hanno che mere affermazioni, le quali desiderano la prova. Lasciamo da parte la spiegazione dell'acquisto immediato al legatario della cosa legata *per vind.*: è punto su cui torneremo, ma che non tocca la questione presente. L'obbligo dell'erede è trattato dal Maynz in modo da provare l'infondatezza della ipotesi.

Per essere logico, il Maynz, che ammette il concorso dell'erede, deve negare la necessità dell'accettazione. Ora anzitutto egli parla di *facoltà di ripudiare*, presupponendo in caso di silenzio l'accettazione: poi tutto ciò è posto in linea di mera *probabilità*, o, quanto meno, *possibilità*. Ma se il concorso vi era, la conseguenza, cioè il vincolo dell'erede,

(1) III, § 121, p. 580.

è *certo*. L'arrestarsi di fronte alla conseguenza è la condanna della ipotesi.

Egualmente da rigettare è l'avviso di Hölder (1) secondo cui l'accettazione avrebbe avuto luogo *prima* del comizio, e uno dei punti da accertare nella *causae cognitio* dei pontefici sarebbe stata appunto la accettazione dell'erede. Questa ipotesi non ha per sè l'ombra di una prova, ed ha contro il carattere fondamentale dell'antico diritto. L'accettazione non può essere stata fatta in un modo qualunque: essa era vincolata a forma solenne, sia perchè in genere lo sono tutte le dichiarazioni di volontà, che debbono avere efficacia giuridica (2), sia per la nota legge della « corrispondenza nella forma » (3), della quale la *cretio* è appunto esempio spiccato. L'ipotesi di Hölder ci conduce ad una conseguenza, che non mi pare certo consona all'indole dell'antico negozio giuridico, come in genere ripugna alla logica giuridica, cioè, ad una accettazione che precede l'offerta. Nè può dirsi che naturalmente all'erede sarà stata fatta la proposta, poichè la dichiarazione del testatore non è altra che quella fatta nei comizî: prima non ha legale esistenza; epperò nemmeno può averla la relativa accettazione. Questa ha da essere ripetuta dopo la offerta solenne: e bisogna, o supporne la estrinsecazione nel comizio, come malamente fa il Maynz, o ammetterla solo dopo la delazione, come facciamo noi.

Nè a spiegare la possibilità della formola *damnas esto* nel testamento comiziale può giovare il richiamo alla formola *heres esto*. Questa ha infatti carattere legislativo, imperativo: ma di fronte alla comunione. È una dichiarazione di diritto rivolta alla generalità de'cittadini, e che per essa fa legge. Ma l'istituito erede non è punto vincolato ad accettare. Egli può liberamente ripudiare di succedere nell'*universum ius* del testatore. Il *damnas esto* per contro, incluso in una legge, avrebbe importato tosto un vincolo per l'erede senza sua volontà, perchè quell'espressione non è più diretta

(1) Op. cit. p. 35.

(2) Voigt, Op. cit. I § 16.

(3) Ihering, Op. cit. III, 306.

alla comunione, bensì alla persona, e la pronuncia legislativa avrebbe *ipso jure* vincolato l'erede. Nè si dica che nelle *leges* il *damnas esto* non obbligava tosto, ma solo allorquando fosse posto in essere quel fatto, da cui la legge fa derivare l'obbligo, fa dipendere la *damnatio*: p. e. nella *lex Aquilia* dal fatto che cagionò il danno; che quindi anche nella legge testamentaria l'obbligo sorgerà solo quando avvenga il fatto della accettazione dell'eredità, quando quel certo individuo sia divenuto *heres*. Là infatti noi ci troviamo di fronte ad una legge generale, che prevede l'avverarsi di un fatto, e, p. e., commina una pena al suo autore, che, naturalmente, non è determinato. Qua invece la persona è determinata, e non si può evitare l'immediata nascita dell'obbligo, se non supponendo nel testamento espressa la condizione dell'accettazione: il che, nè è accertato, nè è punto probabile. Dato il formalismo antico non si può ammettere, che l'erede *damnatus* lo sia solo quando si avveri una condizione sottintesa, una di quelle condizioni che i giureconsulti classici dissero *conditiones juris*. La diversa indole delle *leges* aventi carattere generale e dei *privilegia* ne pare porti direttamente a questa conclusione. Non che noi neghiamo la possibilità di un differimento dell'obbligo per via della legge; affermiamo inverosimile che l'abbia espressamente differito, certo, che non bastasse un differimento tacito. Tanto è vero, che un legato *per damnationem* è un vero enigma nel testamento comiziale, che, come vedemmo, molti scrittori si sono affannati dietro ad ipotesi poco serie sulla accettazione preventiva o sul concorso dell'erede alla formazione del testamento.

Sta d'altra parte contro l'ipotesi, che l'obbligo sorga pel posteriore consenso, la circostanza, che molti passi delle fonti riferiscono il diritto di obbligazione derivante dal legato, direttamente al testamento, facendo astrazione dalla posteriore accettazione (1), onde anche la denominazione *actio* EX

(1) Fr. 33. 1. 7 (Pomp. l. 8 ad Q. Mucium): .... *nihil est quod* EX TESTAMENTO AGERE *possit.... In testamentis* QUAEDAM SCRIBUNTUR, QUAE *ad auctoritatem dumtaxat scribentis referuntur. nec* OBLIGATIONEM PARIUNT.... *nullam enim* OBLIGATIONEM EA SCRIPTURA RECIPIT.... *haec* SCRIPTURA *nullam* OBLIGATIONEM PARIT. Fr. 34. 1. 22. 1 (Valens l. 1 fideicommissorum)..... *non aliter eis.... eas praestare debere, quam si testamenti obligatione heredes liberassent.... si postea* EX TESTAMENTO AGERENT.

TESTAMENTO. Dal che molti scrittori deducono, che la obbligazione dell'erede doveva anticamente nascere alla morte del testatore, e direttamente *ex testamento* (1). Questa conseguenza è logica per coloro che ammettono un legato nel testamento comiziale, ma a patto di ricorrere all'accettazione preventiva o contemporanea, che noi respingemmo. Per noi invece la cosa è agevolmente spiegata, in quanto riferiamo l'origine del legato al testamento privato, e quindi ad un atto cui partecipava l'erede. L'erede è tenuto *ex testamento* perchè con questo si obbligò. Il diritto classico, scomparsa l'idea che il testamento è atto passato fra testatore e *familiae emptor,* ed ammesso un erede che questi non fosse, doveva necessariamente trovare un altro fondamento all'obbligo, e fece ricorso alla figura così elastica ed indefinita del quasi contratto. Chi vuole che il *leg. per damnationem* sia sorto nel testamento comiziale, e ad un tempo ammette essere stata l'accettazione dell'erede posteriore alla formazione del testamento, non può spiegare quella affermazione delle fonti, che riproduce uno stato di cose primitivo, che, cioè, la efficacia obbligatoria del testamento è da ricercare in questo stesso. Nè può far suo pro dell'obbligazione quasi contrattuale, che non potè certo appartenere al diritto antico.

Anche lo stato del concetto di *obligatio* nel periodo decemvirale e fino alla *lex Poetelia,* ci permette di ritenere inverosimile in quell'epoca l'esistenza del *leg. per damnationem.* L'*obligatio* non tendeva direttamente a una somma di denaro, o in genere ad un elemento patrimoniale, ma vi arrivava solo a mezzo della persona. È la persona stessa che resta direttamente vincolata. In tale condizione di cose ripugna l'ammettere un *leg. p. d.,* che avrebbe assoggettato l'erede ad un vincolo tanto gravoso, e al procedimento severo della *manus injectio.* Gli è solo dopo la *lex Poetelia*, e dopo che l'*obligatio certae pecuniae* ebbe per la *lex Silia* un mezzo spedito e meno complicato di farsi valere, che probabilmente sorse il *l. p. d.* Sul che torneremo a suo tempo.

---

(1) MAYNZ, III § 122, p. 587, nota 17, e gli scrittori ivi citati.

IV.

Prove concludenti contro la ipotesi di Hölder si hanno ponendo a raffronto il *l. p. d.*, e quello *p. v.*, e studiando la questione di priorità indipendentemente dalle forme testamentarie. Anche sotto questo rapporto gli argomenti addotti da Hölder, e che già riferimmo, ne sembrano assai facilmente confutabili. Che il *damnas esto* debba ritenersi anteriore al *do lego*, proprio perchè nel testamento la volontà generale precedette la individuale, è affermazione che reggerebbe solo ove il *damnas esto* non si potesse altrimenti spiegare, se non come avente in realtà carattere legislativo. Ma noi vedemmo che dell'imperativo della formola è facile trovare più probabile spiegazione. A stregua dell'argomentazione di Hölder bisognerebbe far risalire al testamento comiziale il legato *per praeceptionem,* e perfino quello *per vindicationem* in quanto può pur esso venire espresso *verbis imperativis.* Gli è invece appunto in questo imperativo, sorto evidentemente dopo l'indicativo *do-lego*, come appare dalla esposizione di Gaio (II, 193), e come la gran maggioranza degli scrittori non contesta (1), che noi troviamo una conferma dell'ipotesi da noi messa innanzi sull'origine dell'imperativo stesso.

Non ha maggior valore l'argomentazione fondata sopra l'antica definizione dell'*heres* come *successor in omne ius mortui.* Sia che la eredità si concepisca come una *universitas*, sia che venga considerata come la somma de' diritti contenuti nel patrimonio del defunto, il *l. p. v.* ben si accorda con quella definizione. Se la eredità è un'*universitas,* è chiaro che questa resta inalterata per qualunque sottrazione dei singoli diritti, da cui è ben distinta. Nè diversamente va la cosa, dato per vero l'altro concetto, perchè l'*heres* acquista tutto quanto appartiene al defunto *cum moritur.* Ora, in quello stesso istante il legatario *per vindicationem* diventa

(1) ARNDTS, Op. cit. I, p. 16, nota 33; SCHIRMER, Op. cit. p. 108, nota 3ª. Poco serie osservazioni in contrario in MAREZOLL, Zschr. f. Civilrecht u. Prozess IX. 65.

proprietario *ipso iure* della cosa legata; onde la conseguenza che questa non si possa dire *tempore mortis* compresa nel patrimonio. La contemporaneità dei due acquisti rende facilmente conciliabile il *leg. per vindic.* con il concetto della *successio in universum ius*. Ed il Brinz (1), che fa consistere la essenza della *successio per universitatem* in ciò, che in una sola volta, in un atto (*in Einem*) si acquista l'intero patrimonio, osserva che con tale concetto, escludente l'idea dell'acquisto del patrimonio come tutto, è benissimo d'accordo il concetto del legato. Adunque nemmeno questa ragione sta contro la priorità del *l. p. v.*, e ciò senza contare che se anomalia vi è nello eccettuare qualcosa dal patrimonio, essa è certo men grave dell'imposizione di obblighi all'erede, obblighi che prendono vita solo *ab herede*.

Basato sopra l'erroneo preconcetto da noi ora confutato è l'altro argomento di Hölder, che la figura tipica del legato importi l'antitesi fra onerato ed onorato, antitesi che ha la sua forma più spiccata nel *l. p. d.;* che in sè ogni legato ha e deve avere efficacia obbligatoria e quindi il *l. p. d.* deve costituire una specialità, un' anomalia. Se ciò fosse vero, bisognerebbe affermare, che nello svolgimento storico la prima forma di un istituto giuridico si presenta nella pienezza e purezza della sua struttura, con caratteri netti e spiccati, con tutto il suo organismo completo. Ora questa è affermazione non vera, perchè, e non è d'uopo darne dimostrazione, la manifestazione perfetta e genuina di un concetto arriva solo posteriormente, ed è il frutto e la chiusa di una lenta e laboriosa evoluzione. E del resto qua s'intende benissimo la ragione della precedenza da noi sostenuta. Riferiamo alcune parole di Hölder (2). « Se al « profano nessun'altra specie di disposizione d'ultima vo- « lontà sembra più naturale della immediata trasmissione « di determinati oggetti ereditarî, gli è che in proposito « egli non pensa ad un vero legato, ma alla *mortis causa* « *donatio,* che anzi fino alla intrusione del diritto romano

(1) Pand. 2ª ed. III § 412, p. 306, nota 1.

(2) Op. cit. p. 74.

« era l'unica disposizione a causa di morte conosciuta dal « nostro popolo (tedesco). » Ma è precisamente la idea del profano, che si fa strada prima di tutto nel diritto: nè i popoli primitivi vanno a caccia di sottili concepimenti e di studiate euritmie. In realtà la *mortis causa donatio* è quella che prima si presenta nella storia de' popoli, appartiene nel suo concetto fondamentale alla coscienza giuridica poco colta, e serve molto imperfettamente al bisogno di gratificare, in previsione della morte, un parente, un amico. Da questo punto partì il diritto greco, e da esso ha da essere partito il romano. Se così è, e a suo tempo torneremo su questo punto per affermare la verità, è ben naturale, che lo svolgimento storico si rannodi ad una figura già usata praticamente, piuttosto che proceda addirittura alla *damnatio,* istituto a contorni spiccati e recisamente definiti, epperò appartenente ad un'epoca di cultura giuridica progredita. Talchè s'intende senza difficoltà, che dal *mortis causa donare,* si sia passati ad un *dare*, che non si effettua *inter vivos,* ma produce solo la sua conseguenza quando il disponente muore. È una semplificazione naturale nell'evoluzione.

Poco serio è infine il riferimento a ciò, che il S. C. Neroniano considera il *l. p. d.* come quello cui eventualmente può ogni altro legato essere ricondotto. Ciò prova il carattere più comprensivo, più elastico, più progressivo del *l. p. d.*, non la sua anteriorità: anzi attesta la sua appartenenza ad un'epoca più colta. Altrimenti bisogna essere logici, pigliare il proprio coraggio a due mani, ed affermare che il fedecommesso del diritto posteriore precedette il legato, solo perchè nel dubbio il diritto nuovo dispone che a questo si applichino le regole più benigne di quello.

L'anteriorità del legato *p. v.*, mentre non è smentita dalle obbiezioni di Hölder, ha per sè gravi argomenti. Non poco valore a pro di essa ha la circostanza che nelle esposizioni di Gaio (II. 192) ed Ulpiano (XXIV, 2 sg.) tiene il primo posto il *l. p. v.* Nè a spiegar ciò bastano i motivi addotti da Hölder (1), e cioè, che il *l. p. v.* è quella disposizione

(1) Op. cit. p. 73-76.

che pel tenore letterale della sua formola più si accosta alla sua qualifica di legato, e che, dopo riconosciuta la efficacia giuridica dei fedecommessi, l'attribuzione diretta di un diritto reale sarebbe la sola disposizione particolare alligata alla forma del legato. Troppo sottile e contraria ai criteri romani di classificazione è questa seconda ragione, che certo non fu presa come punto di partenza per la sua esposizione da Gaio, il quale, se la differenza in questione avesse avvertita, e vi avesse annessa quella importanza che Hölder pretende, non avrebbe fatto a meno di indicarla in quella accurata e minuta enumerazione, che questo giureconsulto fa delle differenze esistenti a suo tempo e fra *legata* e *fideicommissa,* e di quelle già scomparse (II. 268-289). La prima ragione invece è vera in sostanza: ma affrettiamoci a soggiungere, che la stretta corrispondenza della formola del *l. p. v.* col nome stesso di *legatum* è appunto cagionata dall'essere il *l. p. v.* il primo in ragione di tempo. Osservo poi, da che se ne porge l'occasione, che Hölder non chiama *legatum* la *damnatio* del testamento comiziale, talchè a questo egli arriva, a supporre che una figura tutta speciale, anomala di disposizione a titolo particolare, abbia dato il nome suo anche a quello, che di tali disposizioni sarebbe il tipo primordiale e puro. Si capisce, che un tipo imperfetto, rudimentale, con caratteristiche tutte speciali, mantenga il suo nome, e di più, per la continuità della evoluzione, che le figure posteriori normali e perfette fa parere un'emanazione di esso, dia questo nome a queste figure, non già però è verosimile che la figura anomala posteriore imponga il suo nome alle tipiche primitive.

Altra circostanza favorevole al nostro modo di vedere è che le definizioni del legato, che si trovano nelle nostre fonti, meglio si attagliano al legato *p. v.* che a quello *p. d.* Così quella di Florentino nel fr. 116 pr. de leg. I (l. XI Institutionum): *Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit* (1);

(1) Arndts, Op. cit. I, p. 17 congettura, tanto è evidente la relazione della nozione data dal testo col *l. p. v.*, che Florentino abbia posta tale definizione con speciale ri-

così nel fr. 36 de leg. II: *donatio testamento relicta* (1). È facile intendere come la ristretta nozione primitiva sia rimasta anche dopo che l'istituto del legato ebbe presa una estensione non perfettamente rispondente alla sostanza di essa; non però che una definizione, dovuta all'epoca del massimo svolgimento dell'istituto, sia tale da abbracciare particolarmente una delle specialità di esso. Osserviamo infine che nell'evoluzione storica delle attribuzioni patrimoniali il tipo primitivo è quello della traslazione della proprietà, *dare,* che riceve poi da opportuna aggiunta la specificazione relativa alla causa della traslazione: *venum dare, dono dare, dare legare* (2). Tale è la successione storica nella donazione: dapprima la sola traslazione della proprietà, poi mano a mano il conferimento di un altro vantaggio patrimoniale. Tale fu nella vendita: nè dissimile può essere stata nel legato.

Questa nostra esposizione ne sembra ci dia ragione di affermare, che il *l. p. d.* non era possibile nel testamento comiziale, e sorse certo posteriormente al *l. p. v.* Ma pensiamo che neppure il legato *p. v.* fosse possibile nella prima forma testamentaria romana. Sono di contrario avviso Mommsen e Maynz, come a suo tempo dicemmo (3). Vogliamo però riferire le parole del Maynz in proposito (4): « Le père « de famille tout en désignant dans l'assemblée du peuple « le citoyen qui devait continuer sa personne, pouvait en « même temps déclarer, qu' il entendait donner tel objet de « son patrimoine à tel ami qu' il voulait favoriser d' une « liberalité. Cette déclaration, sanctionnée par l'intervention « des Quirites, avait pour effet de transférer de plein droit « à la personne qualifiée la proprieté de l'objet après le « decès du testateur. » Ed in nota soggiunge, che il trapasso della proprietà era qua « l'effet naturel de la garantie des

---

guardo *(in besonderer Beziehung)* con questo legato. Ma che la definizione avesse carattere generale per Florentino, non può revocarsi in dubbio.

(1) Cfr. pure § 1 I. de legatis 2. 20.

(2) Cfr. Vatic. Fr. §§ 275, 281, 283.

(3) Cfr. pure IHERING, Sp. del D. R. I p. 148 nota 82.

(4) III, § 411, p. 525.

« Quirites. » Ma fanno precisamente al caso alcuni saggi riflessi di Hölder (1). Il *do lego* non poteva trovar luogo nella prima forma di testamento, poichè nella legge, espressione della volontà generale, non vi può essere che la formola impersonale, mentre il *do lego* è la manifestazione caratteristica, energica della volontà individuale. Qua manca affatto ciò che è essenziale alla legge: la forma imperativa. Si è però sostenuto in due diverse guise, che l'imperativo qua vi è. Da un canto si affermò, che la formola *do lego* originariamente era preceduta da una espressione accennante direttamente ad una rivendica della cosa per parte del legatario, ad un invito a prenderla. Vi accennerebbe l'epitome di Gaio (II. 5. 1): *illam rem tibi praesume, habe, vindica.* Questa espressione anzi sarebbe stata essenziale, chè in difetto mancherebbero i *verba imperativa* (2). Ma e la esposizione di Gaio, e il nome stesso di *legatum do lego* (3) dimostrano la inattendibilità di questa ipotesi. Il vero è che il *vindicare* non è l'essenziale, ma la conseguenza necessaria della *datio* operata per via del legato (4). Dall'altro canto si nota che i *verba imperativa* non richieggono necessariamente un imperativo del verbo: *do lego* esprimerebbe appunto in guisa caratteristica la volontà imperante, che anche dopo la morte si esplica dando legge (5). Però questa stessa spiegazione conferma vieppiù che noi ci troviamo di fronte all'espressione di una volontà singola, e non è quindi possibile immaginarla nel testamento comiziale. D'altro canto per la legge è proprio richiesto l'imperativo verbale (6).

Conclusione legittima di quanto siamo venuti dicendo finora ne sembra, che e in genere il legato, e in specie le due forme tipiche sue, non poteano trovar luogo nel testamento comiziale.

---

(1) Op. cit. p. 73.

(2) Marezoll, Op. cit. p. 66.

(3) Vat. fragm. §§ 47, 57, 83.

(4) Cfr. Arndts, Op. cit. I p. 16 n. 36 e Schirmer, Op. cit. p. 108 n. 3.

(5) Arndts, Op. cit. p. 17, nota 36.

(6) Cfr. pure Hölder, Op. cit. p. 72, nota 2.

V.

E tale conclusione non dee fare meraviglia. Ricorda bene lo stesso Hölder (1), che presso i popoli germanici il legato restò sconosciuto fino alla recezione del diritto romano. E, per citare un recente ed autorevole storico del diritto tedesco, il Sybel (2) osserva, che disposizioni sopra singoli beni o di tutto il patrimonio a favore di uno che non fosse erede naturale, le quali dovessero giungere ad esecuzione soltanto dopo la morte del disponente, non ebbero efficacia fino al secolo XIII. E anche dopo che, mano a mano e a mezzo di privilegi, la disposizione a titolo singolare *mortis causa* ebbe efficacia legale, nei bassi strati del popolo, nei quali più tenacemente si mantiene l'antica tradizione, era fisso il pensiero: « chi vuol morire bene e contento lasci il suo « avere al giusto erede. » Vero è che a' Germani era affatto ignoto il testamento, mentre a Roma esiste fin da' primordi, come appare dalla relazione in cui è colla assemblea politica più antica: ma è pur vero che questo testamento non può punto assomigliarsi al concetto posteriore di una MENTIS NOSTRAE *justa sententia* a cagione del carattere legislativo e dell'influenza pontificale, e che il vero testamento nel senso volgare della parola si ha solo nel testamento privato, e anche qui l'evoluzione giuridica ci presenta anzitutto un atto contenente, come vedremo, mere disposizioni a titolo particolare. Come già abbiamo altra volta osservato, alle popolazioni primitive molto più naturale si presenta la donazione a causa di morte, e precisamente di quelle cose, che costituiscono la iniziale proprietà dell'individuo specialmente delle armi, come appare dalla donazione di Telemaco a Pireo in Omero (3). In previsione della morte, che può avverarsi in una data circostanza, chi vuole beneficare un parente,

(1) Op. cit. p. 74.

(2) Deutsche R. Gesch. Berlin, 1886, § 167, p. 390 seg.

(3) Odissea XVII, 78-83 (ed. Dindorf.). Cfr. pure Omero B. 101. (Homerische Ilias von A. Fick, Göttingen 1886 v. 100-108 p. 261) e P. 196. 197 (ed. Fick p. 177 v. 192 seg.).

un amico, una persona cara in genere, gli consegna la cosa, con l'intesa che, scampando al pericolo, gli sarà restituita. In buona sostanza qua la *m. c. donatio* provvede a quello stesso bisogno cui è rivolto il legato. La identità teleologica dei due istituti fu ben ravvisata da Ihering (1), quando li arrecava come esempio della possibilità dell'esistenza di istituti con differente struttura anatomica, ma con funzioni identiche o analoghe. Talchè secondo la differente cultura la legislazione, o ammette uno solo de' due istituti, o li sanziona tuttedue. Ma nella vita de' popoli viene il momento in cui si sente il bisogno di gratificare altri senza spogliarsi attualmente della cosa, che solo per l'evenienza della morte si suol dare. Questo bisogno, come suole avvenire, non trova dapprima soddisfacimento che nella lealtà, nella onoratezza, *fides,* di colui che tutto raccoglierà dopo la morte del disponente. Il fedecommesso, sotto svariate forme, è sempre la preparazione al legato, o a figure più libere, più elastiche di legato che non quelle esistenti. Importante ne pare in proposito quanto scrive il Leist (2): « Secondo la maniera « di pensare dell'antichità sud-ariana, che nelle più disparate « circostanze si possa vincolare la *fides* altrui con obbligo « morale, era ovvio che a questo modo di vedere si desse « applicazione di fronte a colui cui tocca onorare la memoria « di un defunto, o viene a toccare qualche cosa del patri- « monio del disponente dopo la morte di costui. Ciò si « concepisce prima di tutto come affatto estraneo alla sfera « giuridica. S'impone al sopravvivente qualche cosa, l'ina- « dempimento della quale sarebbe un' improbità verso il « defunto. E data la cura, greca al par che italica, di tenere « in onore la memoria del defunto, la forza morale di tale « obbligo fondato sulla *fides* era per lo più pienamente « bastevole a produrre l'adempimento. » Ed il Leist, dopo avere rammentato come a questo sentimento si debba l'istituto romano del fedecommesso, nota che anche presso i Greci era in uso un istituto di carattere analogo, e cioè la ἐπίσκηψις,

(1) Sp. del D. R. I. 51, nota 20.

(2) Graeco-Ital. Rechtsgesch. p. 476 s.

che significa soltanto, incarico, mandato, ordine. Tale crediamo sia pure stata l'evoluzione nel concetto romano delle liberalità *mortis causa,* a titolo particolare. Se non che si obbietta che vi è una contraddizione storica nel considerare i legati come modellati sulla donazione a causa di morte, mentre al contrario queste si sarebbero venute svolgendo per analogia de' legati (1). Ma l'obbiezione si fonda sopra un equivoco. La donazione a causa di morte ha carattere primitivo, e gli esempî citati lo provano. Ciò non toglie che per particolari circostanze solo posteriormente questo istituto sia venuto assumendo un carattere spiccato, e che solo ai primi secoli dell'impero si debba l'elaborazione sua. Questo fatto non toglie forza ai riflessi da noi esposti, ed è un errore storico grave il negare la precedenza della *m. c. donatio* al legato solo perchè nell'ultimo periodo del diritto romano alcune regole del legato furono applicate anche alla *m. c. donatio.* O che forse non avvenne lo stesso nel rapporto fra i legati e i fedecommessi del diritto imperiale? Del resto la storia delle liberalità a titolo particolare nel testamento *per aes et libram* conferma il nostro modo di vedere.

VI.

Gaio ci riferisce (II. 102 seg.) che la figura primordiale di questo testamento differisce profondamente da quello che esisteva a tempo suo. *Sane nunc aliter ordinatur quam olim solebat.* Originariamente il *familiae emptor* teneva luogo dell'erede *(heredis locum obtinebat),* e ciò perchè vero *heres* non vi poteva essere se non a mezzo di testamento, e di certo quando questo ripiego della *mancipatio familiae* fu per la prima volta escogitato ed attuato — per comodità

(1) Così il Maynz III, § 422, p. 588, nota 18 (verso il mezzo), ma però come obbiezione ad un'altra ipotesi, secondo la quale il legato sarebbe una promessa di donazione condizionale, fatta dal defunto al legatario e ingenerante, nel momento dell'adempimento della condizione, a profitto di quest'ultimo, un diritto di credito, che egli fa valere contro l'erede, obbligato nella sua qualità di continuatore della persona del promettente. Sulle donazioni a causa di morte cfr. pure Cuq, Op. cit. p. 582 seg.

di coloro che nel momento non potevano far ricorso alle forme consuete di testare, e, sia pure, per coloro che non vi volevano ricorrere, desiderosi di sottrarsi al sindacato del popolo ed a quello, di molto più serio ed efficace, esercitato da' *pontifices* (1) — a nessuno poteva venire in mente di attribuirgli la denominazione tecnica e tutta speciale di *testamentum* (2). Tutt'al più si può concedere, e la cosa non è inverosimile, che solo più tardi e, come suole avvenire, per la terminologia del comune favellare, che si informa piuttosto dello scopo sostanziale di un atto, di quello che non della sua vera essenza giuridica, siasi lentamente affermata ed abbia avuto modo di assorgere a dignità di denominazione tecnica la espressione *testamentum*.

Orbene, colui che mancipava la sua *familia* ad un amico (AMICO..... *mancipio dabat) eum* ROGABAT *quid cuique post mortem suam* DARI *vellet;* ed ancora: *ei (f. emptori)* MANDABAT *quid cuique* etc. Queste espressioni *mandare*, *rogare*, poste in relazione colla circostanza, che qua la mancipazione si faceva a pro di un amico, sono caratteristiche, e richiamano tosto l'idea della *fiducia*, così cara alla antichità romana (3). Queste disposizioni a titolo particolare non ave-

(1) Non abbiamo contro questa supposizione i preconcetti di HÖLDER, Op. cit. p. 59. « Se la comunione avesse votato *in calatis comitiis* l'antitesi principale fra il testamento « pubblico ed il privato sarebbe stata tutt'altra [da quella indicata da Gaio], quella della « volontà generale e della volontà individuale; il *test. p. aes et libram* avrebbe avuto il « significato di un ripiego *in fraudem legis* per schivare la cognizione spettante al popolo. « È incredibile che la comunione avesse senz'altro lasciato passare un tale ripiego. La me- « moria poi di una lotta combattuta per dare vigore alla volontà individuale sarebbe « potuta venir meno solo in un'epoca, cui fosse mancata la consapevolezza, che pur vi « era nel periodo imperiale, di un testamento anteriore al privato, e tolto di mezzo solo « gradatamente per la concorrenza di questo. » Questi riflessi perdono la loro apparente importanza, quando si ponga mente, che la *fam. mancipatio* sorse in un'epoca, in cui già l'intervento del popolo aveva perduta l'antica importanza per la incipiente dissoluzione dell'organamento gentilizio; che essa piuttosto che urtare nella coscienza comune, era de' bisogni da questa sentiti la fedele espressione. Non è questione di lotta, ma del solito procedimento nell'evoluzione del diritto romano. Quando un istituto non risponde più alle necessità attuali, o non vi risponde perfettamente, non lo si abolisce, ma si ricorre ad un ripiego, che l'antico non tocca, ma grado a grado lo rende praticamente inutile.

(2) HÖLDER, Op. cit. p. 58; CUQ, Op. cit. p. 563 seg. MUIRHEAD § 32, p. 167. « It was « not a testament, but only a makeshift for one. » E poco appresso: « But such a dis- « position was not a testament, and may not been so called. »

(3) CUQ, Op. cit. p. 561. « Le *f. emptor* ressemble à un fiduciaire. C' est un service

vano efficacia giuridica, ostandovi norme generali ben ferme e sicure. Da un atto passato fra il *mancipio dans* ed il *mancipio accipiens* non potevano evidentemente derivare diritti a favore di terze persone. Onde è solo alla lealtà dell'amico, che queste disposizioni sono raccomandate. In buona sostanza noi ci troviamo qua di fronte a quella figura di fedecommesso, che, come già accennammo, serve di transizione fra la *m. c. donatio* ed il *legatum*. Gaio, adoperando le surriferite espressioni, che a' suoi tempi erano peculiari al fedecommesso, ci fa appunto conoscere, che nei primi tempi della *mancipatio familiae* trattavasi di disposizioni a pro di terzi basate unicamente sulla *fides* del *f. emptor*. Molti de' più recenti ed autorevoli scrittori, che hanno portata la loro attenzione sopra questo punto, la pensano in tal modo (1). Questa ipotesi però è decisamente avversata dal Bechmann (2), ma, parmi, non con fondamento. « Questa opinione, scrive egli, « è appunto impossibile, a quanto io credo. Anzitutto già « per ciò che l'intero atto porta il nome di testamento. Ciò « presuppone che alla mancipazione si aggiunga qualcos'altro « avente *rilevanza giuridica*. Ma, fatta del tutto astrazione da « ciò, difficilmente si può ammettere, che il testatore per « tal guisa dovesse essere ridotto ad affidarsi alla scrupolosità « del più prossimo migliore « amico » che all'ultimo mo- « mento si dovea procurare, mentre pure l'ordinamento giu- « ridico conosceva un negozio giuridico pienamente obbli- « gatorio ed efficace, il legato. La maniera di esprimersi di « Gaio è adunque inesatta: la importanza precipua sta per « lui in ciò, che le disposizioni d'ultima volontà erano ad- « dossate al *f. emptor*, non ad un altro erede: che questi

« d'ami qu'on lui a demandé. » Naturalmente, e il Cuq lo osserva, non si tratta di vera *fiducia*, ma di atto che ne segue la tendenza. Ciò mostra che non è necessario supporre col Cuq che nell'epoca in questione l'*a. fiduciae* non fosse ancor sorta: conseguenza che però è resa verosimile da ben altri riflessi, quando si ponga mente che noi assegnamo alla *f. mancipatio* un' origine molto anteriore all'epoca decemvirale.

(1) Hölder, p. 57 seg.; Cuq, Op. cit. p. 557; Muirhead, Op. cit. § 14, p. 66. Ecco come si esprime quest'ultimo: « Like so many others of the transactions of the early « law, it was legally unprocteted so far as the third parties were concerned whom the « transferrer meant to benefit; they had no action against the trustee to enforce the « trust: their sole guarantee was in his integrity and respect for Fides. »

(2) Kauf I. 298.

« pesi fossero legati, lo presuppone come cosa che s'intende « da sè. » Il primo obbietto sarebbe serio quando noi ci riferissimo all'ultimo stadio del nostro istituto. Ma invece noi alludiamo al primo sorgere della *fam. mancipatio*, che non era un testamento, ma appunto un ripiego per chi non poteva farne. E quanto all'altra osservazione, essa cade tosto che con noi si ammetta non essere stato possibile il legato nel testamento comiziale. A parte ciò, molto giusti sono i riflessi fatti da Hölder (1) contro il Bechmann. Anzitutto Gaio riferisce (nè vi è ragione di negargli fede, benchè, come già notammo, non sia forse da attribuire esclusivamente al motivo da lui addotto l'origine della *f. mancipatio*) che si faceva ricorso a questo ripiego *subita morte urguente,* quando cioè non era possibile far ricorso alle forme testamentarie allora riconosciute. D'altra parte Bechmann (2), a proposito della *fiducia*, che, com'è noto, soltanto più tardi ebbe protezione giuridica a mezzo dell'*a. fiduciae,* scrive che se anche nel diritto posteriore il cittadino affidava la sorte dell'intero suo patrimonio, o quanto meno di una parte qualunque di esso, alla *fides*, non soggetta a coazione giuridica, dell'erede — e invero in condizioni tali da mancare perfino della tutela della pubblicità — non è da tenere per inverosimile, che in tempi assai più vetusti, appunto sotto questa tutela, ma senza ulteriore garanzia giuridica, singole cose fossero affidate ad un altro per atto fra vivi. Ora perchè questo savio riflesso, che valse pei fedecommessi, e, in epoca più remota, anche pel *pactum fiduciae*, non sarà valso qua dove, nota Hölder, la violazione della fiducia cadeva sotto la sanzione religiosa dei *manes,* e, data la condizione delle credenze di que' tempi, maggiore ostacolo tale violazione doveva quindi incontrare? E appunto qua non è da dimenticare quanto più sopra riferimmo, mutuandolo al Leist, sul patrimonio di credenze comune all'antichità sud-ariana. Nell'epoca in cui la *f. mancipatio* sorse, la sanzione giuridica proteggeva pochi rapporti della vita: prevaleva la sanzione della religione, della pubblica opinione. Piuttosto che sotto

(1) Op. cit. p. 59.
(2) Op. cit. p. 288.

l'egida dello *jus*, la società vive sotto quella del *fas* e del *mos*. Probabilmente, diremo col Muirhead (1), in quei primi tempi il rischio non era tanto grande quanto lo sarebbe stato in un periodo posteriore: la *Romana fides* vincolava al soddisfacimento degli impegni affatto efficacemente come il più elaborato meccanismo legale.

Anche il Sohm (2) ritiene, che i terzi abbiano avuto sempre azione contro il *familiae emptor*. Egli concepisce la *f. mancipatio* come un mandato contratto non *consensu*, sibbene *re*. Come per via della *mancipatio* era possibile fare un deposito, costituire un pegno, così poteva a mezzo di essa darsi un mandato. Il *f. emptor* è mandatario del testatore *per ciò* che egli (formalmente) è proprietario della *familia*. Il testamento *per mancipationem* è analogo alla *fiducia*, in quanto là come qua si ingenera proprietà soltanto formale, che materialmente è fatta servire agli scopi designati per via della clausola aggiunta. Ma non è *fiducia* in senso tecnico, e certo perciò che gli obblighi del *f. emptor* non sono rimessi alla coscienza sua, nè dipendono quindi da circostanze e dall'apprezzamento (di un uomo d'onore), ma a mezzo della *nuncupatio* sono precisati esattamente ed in guisa strettamente obbligatoria. Al *f. emptor* non si fa la mancipazione *fidei fiduciae causa* (rinviando ad altre dichiarazioni), ma con *nuncupatio* completa, incorporata nell'atto della mancipazione, escludente ogni dubbio intorno a' suoi obblighi. La *fiducia* quindi ingenera un' *a. bonae fidei,* la *nuncupatio* invece *aa. stricti juris*. L'obbligo del *fam. emptor* di eseguire l'incarico, ricevuto a mezzo della *nuncupatio* congiunta alla *fam. mancipatio*, è sotto la piena tutela del decemvirale disposto: *uti legassit etc.* In sostanza, secondo il Sohm, noi ci troveremmo di fronte ad una *mancipatio* con clausole *(clausulirte),* e queste rivolte a favore di terze persone (quelle contemplate nel testamento) — il caso più antico, conosciuto in Roma, di contratto a prò di terzi.

In queste affermazioni è molta parte di vero, o di proba-

(1) Op. cit. p. 169.

(2) Institutionen des r. R. 3ª ed. 1883, § 91, p. 407 seg.

bile: ma esse non menomano punto la attendibilità del nostro modo di vedere in ordine al carattere iniziale dell'incarico dato al *f. emptor*. Che il concetto di mandato entrasse per lo innanzi in quelle disposizioni particolari a prò di terzi non mi par dubbio: già lo accennammo, e meglio ne discorreremo fra poco. Ma non potè, per più riguardi, essere mandato obbligatorio. Anzitutto perchè nel tempo in cui la *fam. mancipatio* era un semplice contratto, che la pratica adoperava come ripiego a supplire il testamento, non può esserle stata di primo acchito attribuita efficacia a favore di terzi. Immaginiamo i primi casi di applicazione del ripiego, e domandiamoci se è possibile che la *f. mancipatio* sia sorta portando con sè questa anomalia, questa palese violazione di un principio, che solo nell'ultimo periodo del diritto romano ebbe rare eccezioni, e accuratamente larvate. Questa efficacia giuridica non può essere stata attribuita se non da legge, o da *jus receptum*. Se per consuetudine, con ciò stesso è detto che *ab initio* la efficacia mancava, e che l'incarico era solo sotto la sanzione della morale sociale. Se per legge, non può essere questione se non di quella decemvirale; ma in tal caso non può farsi caso all'*uti nuncupassit etc.* che regola i rapporti fra le parti contraenti, bensì all'*uti legassit etc.*, e questo presuppone, come mostreremo, uno svolgimento anteriore. Dato il carattere dell'antichissimo diritto non ci pare si possano ammettere eccezioni così nette e recise a norme fondamentali: quel che già dicemmo in ordine alla pretesa deroga alla massima *ab herede obligatio incipere non potest,* vale per la voluta eccezione al principio: *res inter alias acta etc.* (1). D'altra parte, intervenuta la sanzione decemvirale per via dell'*uti legassit*, il concetto del mandato venne meno assolutamente. Infatti il legatario acquistava direttamente il dominio dal testatore: fra esso e l'erede non vi era alcun rapporto. E

(1) Riconosciamo l'assennatezza delle osservazioni del BEKKER Zschr. d. Sav. Stift. (R. A.) III, 8, sulla cautela che si deve adoperare prima di negare la possibilità di una deroga a un principio, solo perchè non espressamente attestata, ma nel caso attuale ci pare che i riflessi stessi dell'illustre professore di Heidelberg ci autorizzino a non ammettere la deroga.

in quanto al rapporto del nostro istituto colla *fiducia*, volentieri concediamo che non si tratti qua d'identità, ma di analogia. Questo vogliamo dire, che cioè lo stesso principio dell'affidamento alla moralità e alla coscienza di una persona, del *mancipio accipiens*, informa l'una e l'altra figura nel loro inizio. In quanto al resto facciamo le nostre riserve sulle affermazioni del Sohm, sia perchè la essenza stessa della *fiducia* è in questione, sia perchè se la determinazione del contenuto specifico della fiducia vuol ritenersi fuori dell'atto della mancipazione, lo stesso è da dire della *nuncupatio*, che ne' primi tempi non formava certo tutt'uno colla *mancipatio*. Ma su questi punti non è dato intrattenerci: quanto dicemmo ne par sufficiente per il nostro assunto, per mostrare, cioè, che ne' primordi della *fam. mancipatio* i lasciti particolari fatti dal disponente erano rimessi alla *fides* del *f. emptor*.

Questo stato di cose naturalmente non poteva durare, e cessò di fatto: e a nostro modo di vedere il mutamento è dovuto alla legislazione decemvirale, e precisamente alla celebre disposizione: *uti legassit super pecunia tutelave suae rei ita ius esto*. Questo testo, così vessato dagli interpreti, è l'organo della trasformazione. La relazione di esso col testamento privato non si suole negare: ma dispute gravi si fanno appunto sul carattere di tale relazione. Alcuni riferiscono la efficacia del *test. per mancipationem* a quella norma: ma dubitano se tale testamento i decemviri abbiano introdotto o soltanto riconosciuto (1). Altri riferisce in genere l'*uti legassit*, agli atti giuridici tra vivi, pur non disconoscendo, che in prima linea è rivolto al testamento privato (2). Hölder (3) ritiene che l'*uti legassit* abbia solo relazione indiretta col testamento *per mancipationem*. La conformazione

(1) Mommsen, Staatsrecht III, 319, nota 2.

(2) Pernice, Labeo I, 474 seg. Cfr. pure Geib, Zschr. der Sav. Stift. (R. A.) VIII. 118 seg., il quale cita nello stesso senso Hoffmann, Die Entstehungsgründe der Obligationen p. 23, 34, nota 69. Noi non potemmo sindacare direttamente l'esattezza della citazione, ma dalla cortesia dell'amico prof. Scialoia avemmo assicurazione, che Hoffmann parla in genere di una regola antica (*quisque legem dicere potest rei suae*), non in ispecie delle XII Tavole. Cfr. in contrario Voigt, XII Tafeln I § 23, p. 220.

(3) Op. cit. p. 62 seg.

ultima presa da questo si dovrebbe a una combinazione di due norme legali rivolta a scopi dalla legge non preveduti: e appunto questa combinazione di norme, attinenti a cose disparate, proverebbe che noi ci troviamo di fronte non a istituto creato dalla legge, ma ad un prodotto architettato dalla pratica. Senza dubbio, accanto alla disposizione relativa al *legare* contribuì a dargli efficacia giuridica l'altra *uti lingua nuncupassit*. Il che sarebbe attestato già da ciò che Cicerone (De orat. I. 57. 245) a questa disposizione espressamente si richiama; e vi accennerebbe tanto la connessione del *legare* di questo testamento con una *mancipatio*, quanto la denominazione tecnica di *nuncupatio* appartenente a quell'atto in cui il *legare* si esplica. I due enunciati principî legislativi così concretamente si combinerebbero. Il *legare* restringerebbe la alienazione che è essenziale alla *fam. mancipatio*, eccettuando alcune cose. Ma poichè tale eccezione si fa per via di attribuzione positiva ad un terzo, per via di una nuova alienazione, l'oggetto della quale è compreso in quel della prima, le due alienazioni sarebbero incompatibili. Il disposto *uti lingua nuncupassit* toglierebbe l'incompatibilità, concedendo di eccettuare, a mezzo di *nuncupatio*, qualche cosa dall'alienazione del tutto. Il Bechmann (1) afferma, che la *nuncupatio* non ha alcun rapporto colla *mancipatio:* in questa, è vero, si accenna alla prima, nella quale però non una sillaba vi è che alluda alla *mancipatio*, onde anche Gaio afferma, che *mancipatio* si fa soltanto *dicis gratia, propter veteris iuris imitationem* (II, 103 in f.). Trattandosi di disposizioni civilmente efficaci, di legati, è di per sè designata la prescrizione legislativa, che servì di base all'atto nel suo svolgimento posteriore. Esso non si fonda già sull'*uti lingua nuncupassit etc.*, bensì sull'altra disposizione assai più vicina: *uti legassit etc.* Invece la più parte degli scrittori dà al *legare* decemvirale un carattere generico, e lo riferisce al testamento comiziale. *Legare* è, si dice, derivato indubbiamente da *lex:* esso altro non vuol dire se non *legem dicere*, e comprende qualunque

(1) Op. cit. § 35 p. 295 segg.

disposizione testamentaria. E di tale terminologia la ragione sarebbe appunto da ricercare nella circostanza, che l'antico testamento era una legge, si faceva ne' comizî curiati (1).

Cominciamo dal fissare il significato del *legare* nella disposizione decemvirale. Anzitutto non parmi accettabile la opinione di Pernice e Geib (che del resto dovrebbe logicamente essere pur quella di tutti coloro che *legare* fanno eguale a *legem dicere*), che in quella disposizione scorgono una sanzione relativa a qualunque *legum dictio*. La tradizione giuridica non ha mai riannodata la efficacia giuridica della *dictio legis* alla disposizione decemvirale in questione, nè vi è ragione per sprezzare qua la tradizione, mentre invece a suo tempo proveremo, che ragioni decisive vi sono per negar fede per un altro verso all'interpretazione che essa dà al nostro disposto. Sia pure che prima delle XII Tavole la *mancipatio familiae* fosse un vero e proprio atto fra vivi, e sottoposto alle regole relative: dopo però essa assunse carattere di testamento, si differenziò dagli atti fra vivi, ed ebbe norme a sè. È appunto la *lex publica* accennata nella formola, che ha trasformato il carattere della *fam. mancipatio*, nè è ammissibile che la trasformazione e differenziazione si operasse a mezzo di una norma comune

(1) Citeremo fra i tanti qualcuno de' più espliciti. SCHÜTZE, Rechtslexikon von v. Holtzendorff (3ª ed.) II p. 635 v.° Legat. « La parola *legare* da *lege agere* (analogamente: « *iurgare, litigare*) all'epoca delle XII Tavole significa: *legem dicere (ferre) suae rei*. « specialmente disporre in genere per atto di ultima volontà. Quando però quest'ultima « idea, dopo l'introduzione del testamento per mancipazione, fu designata mediante *te-* « *stari*, il *legari* si restringe al concetto: attribuire a qualcuno per testamento con pa- « role imperative *(legis modo)* qualche cosa *a titolo singolare*, etc. » — MAYNZ, III, § 365, p. 234. « Les testaments ne pouvaient se faire originairement que dans l'assemblée du « peuple: aussi appliquait-on aux dispositions de dernière volonté le terme *legare* qui, évi- « demment, dérive de lex. » E alla corrispondente nota 2: « Dans l'ancien langage, « *legare* se dit de toute disposition testamentaire, y compris l'institution d'héritier. C'est « ainsi que la loi des Douze Tables proclame: *uti legassit, etc.* Plus tard le terme ne s'em- « ploie que pour désigner les dispositions à titre particulier. » Cfr. pure lo stesso III, § 414, p. 526. — MUIRHEAD, p. 167, § 32. « It seems to be the general opinion that it « was to the first two alone *(test. in cal. et in procinctu)* that the words applied, which « stood in the forefront of the provisions of the XII Tables about inheritance: *uti le-* « *gassit etc.* » e nella nota 1: « *Legare* does not mean « bequeath » but it is equivalent « to *legem dicere*. » Cfr. pure lo stesso § 7, nota 7, p. 19; § 11, nota 8, p. 46. — ARNDTS « Op. cit. I, p. 9. « *Legare suae rei* aber kann nicht wohl etwas Anderes bedeuten, als « *legem ferre* oder *dicere suae rei*. »

a tutti i negozî giuridici in genere. Pernice stesso ammette, che solo per via di tal norma il testamento privato divenne istituto civile. Ciò non può intendersi se non nel senso che questo acquistò carattere di vero e proprio testamento. Se così è, tale legge non può essersi riferita ad altre disposizioni che alle testamentarie.

Più fondata può sembrare l'opinione, che il *legare* riferisce a qualunque atto di ultima volontà, come quella che ha per sè testi chiarissimi.

a) fr. 120 De V. S. 50. 16 (Pompon. l. 5 ad Q. Mucium).

Verbis legis XII tabularum his « uti legassit suae rei, ita ius esto » latissima potestas tributa videtur, et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi: sed id interpretatione coangustatum est vel legum, vel auctoritate iura constituentium.

b) fr. 130 eod. tit. (Ulp. l. 2 ad leg. Iul. et Papiam).

Lege obvenire hereditatem non improprie quis dixerit et eam quae ex testamento defertur, quia lege XII tabularum testamentariae hereditates confirmantur.

c) Gaius II. 224.

Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare nec quicquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis: idque lex XII tabularum permittere videbatur, qua cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his verbis *uti legassit suae rei, ita ius esto.*

d) Nov. 22 c. 2.

Νομοθετείτω μὲν γὰρ ἕκαστος ἐπὶ τοῖς ἑαυτοῦ τὰ εἰκότα, καὶ ἔστω νόμος ἡ τούτου βουλή, καθάπερ καὶ ὁ παλαιότατος ἡμῖν τῶν νόμων καὶ πρῶτος σχεδὸν τὴν πολιτείαν Ῥωμαίοις διατάξας φησί (φαμὲν δὲ τὸν δυωδεκάδελτον), κατὰ τὴν ἀρχαίαν καὶ πάτριον γλῶτταν οὑτωσί που λέγων uti legassit quisque de re sua, ita ius esto.

Cominciamo anzitutto col porre da banda il passo di Gaio, come quello che pel contesto suo prova piuttosto per il significato ristretto del *legare*. È infatti a proposito delle limitazioni alla facoltà di disporre per via di legato, che si parla della legge in questione, ed è logico il supporre, che la legge, di cui si lamenta la sconfinata libertà, fosse pur rela-

tiva ai legati. Nè può avere importanza la espressione generica *testari* con cui Gaio rende il *legare*, perchè la generalità di essa riceve la sua determinazione dal soggetto del discorso. Nemmeno può farsi assegnamento sul frammento di Ulpiano, in quanto lo si spiega agevolmente riferendolo alla disposizione decemvirale *si intestato moritur etc.* (1). Interpretazione questa che riceve evidente conforto dall' espressione *confirmantur*. Non è una disposizione nuova quella delle XII Tavole, ma solo una *conferma*, e per di più indiretta, in quanto la possibilità della successione ereditaria fondata su testamento è presupposta. La maniera di esprimersi di Giustiniano non ha per sè molto valore. La più autorevole per la sua antichità e per la sua chiarezza è la interpretazione data da Pomponio sulle orme di Q. Mucio. Ma neppur questa per sè stessa ci si presenta scevra di dubbî. Non afferma Pomponio che nella parola *legare* si comprenda ogni disposizione *mortis causa* possibile a suo tempo per testamento. Egli adduce solo la norma legislativa come consacrante la libertà testamentaria in tutte le sue esplicazioni. E ciò non per la lettera sua, ma per la sua portata. La interpretazione data da Pomponio al disposto decemvirale ne sembra una manifestazione pratica di un principio di ermeneutica cui altrove accennammo (2), e tanto bene tratteggiato dal Kohler (3), che cioè la interpretazione di una legge è progressiva: che non bisogna porre mente a quel che la lettera della legge significava per l'epoca in cui fu scritta, ma alla *mens legis* posta in relazione coll'ambiente in cui l'applicazione ha luogo. La legge decemvirale parla di *legare* per la buona ragione che, come vedremo, il testamento privato aveva per contenuto soltanto disposizioni a titolo particolare. Il *f. emptor* era *heredis loco*. Ma il *f. emptor* divenne una mera comparsa, e invece nella *nuncupatio*, accanto al legatario, si nominava l'*heres* vero. È una

---

(1) Bechmann, Op. cit. p. 229, nota 1.

(2) Fadda e Bensa P. E. Annotaz. alla traduzione del « Trattato delle Pandette » del Windscheid, I p. 152, nota η.

(3) Riv. di Grünhut XIII, 58 seg.

trasformazione del contenuto della *nuncupatio*, che appartiene a epoca abbastanza lontana dalle Dodici Tavole. La legge decemvirale con la disposizione in esame avea sancito la libertà di testare in relazione a quella determinata figura concreta trovata nella vita, perchè le dichiarazioni generiche di diritti dell'uomo i Romani le lasciarono con molto senno a epoche e cervelli più felici, ripugnando loro ogni vuota astrazione. Ma quando i bisogni della pratica dettero nuovo contenuto al testamento, i giureconsulti allargarono la portata della legge a tenore della sua *mens*. La legittimità di ogni sorta di disposizione testamentaria è appunto fondata sulle XII Tavole, perchè esse riconobbero la libertà di testare in relazione al testamento di quell'epoca. E Pomponio nel nostro passo altro non fa che dare al testo della legge quella interpretazione che rispondeva al suo spirito. Sostenere che Pomponio dia un' interpretazione letterale è impossibile, già per ciò che vi ripugna il *videtur*. Se *legare* comprende in sè ogni disposizione testamentaria, il *videtur* è una espressione assolutamente inetta. Ma noi vogliamo addurre un esempio spiccato, tolto dalla stessa opera di Pomponio, a rafforzare la nostra spiegazione. Nel fr. 29 § 1 de statulib. 40. 7 (Pompon. l. 18 ad Q. Mucium) è detto: .... *quoniam lex XII tabularum emptionis* VERBO *omnem alienationem complexa* VIDERETUR. Una più perfetta corrispondenza fra i due passi non si può desiderare. Nessuno vorrà dire, che la parola *emptio* abbia il significato generale di *alienatio*. Eppure è attribuita proprio a tal parola *(lex.... verbo.... complexa)* la comprensione di ogni alienazione. Ma il *videtur* ci dà la spiegazione, come può darcela nel nostro passo: si parla della portata vera che la disposizione ha secondo la *mens legis*. Come *emptio* comprende *alienatio*, benchè il significato letterale vi ripugni, così *legare* comprende tutti gli atti racchiusi nel posteriore *testari* (1). Che se si vuole una riprova dell'impossibilità di attribuire a Pomponio la

(1) Si noti bene che il nostro testo non afferma che *ex verbis legis* si possa disporre nei vari modi indicati: ma i *verba* sono qua a indicare la disposizione in genere. Non è quindi il caso di parlare della distinzione di cui al fr. 6. § 1 de V. S. 50. 16 e in Gaio I. 165. Cfr. su tutto ciò il bel libro di WLASSAK röm. Prozessgesetze Leipzig 1888, p. 31 seg. § 3*

interpretazione generica del *legare* come rispondente alla lettera della legge, basta far richiamo al fr. 80 de V. S. 50. 16 (Paulus l. 9 ad Plautium) (1).

In generali repetitione legatorum etiam datae libertates continentur ex mente legis XII tabularum.

La ripetizione generica dei legati di fronte ad altri che al primo erede, porta con sè la ripetizione implicita delle manumissioni. Se il fr. 120 cit. volesse dire, che *legare* ha proprio quel significato letterale amplissimo secondo le XII Tavole, l'inclusione delle *libertates* deriverebbe appunto dalla lettera della legge stessa: invece Paolo ci dice che ciò avviene EX MENTE *legis XII tabularum*. Adunque è indiscutibile, che *legare* non ha per sè stesso quel significato generico (2). Talchè ne sembra che non molto fondamento diano alla opinione combattuta i quattro passi citati. E dopo ciò possiamo passare a dar base direttamente a quella interpretazione del testo decemvirale, che a noi pare la sola accettabile.

VII.

La disposizione decemvirale non può avere avuto di mira il testamento comiziale. È assurdo pensare, che una legge speciale abbia bisogno di una precedente autorizzazione in una legge generale, tanto più quando si ponga mente all'antichità della legge testamentaria, e alla sua connessione coll'organamento fondamentale della comunione romana. E Hölder, che tanto insiste per mostrare, che la disposizione decemvirale non può riferirsi che al *do lego*, e che la forma di

---

(1) Cfr. fr. 77 de leg. III (32). Il fr. 80 cit. mentre da un canto prova che nella formola decemvirale non vi potè essere pur *familia* come, tra altri, vuole PERNICE Labeo I. 324, nota 3, dall'altro mostra, che lo stesso PERNICE eccede quando interpreta *verbis* nel senso che qua si tratti d'interpretazione letterale. Quel che PERNICE nella stessa nota dice a proposito dell'argomento che altri trae dal fr. 53 de V. S. 50. 16 può ripetersi della sua spiegazione del fr. 120: *Das ist sicher zuviel behauptet.*

(2) Contro SCHIRMER, Zschr. der Sav. Stift. (R. A.) II, 173.

questo prova, che non potè essere il dettato della volontà universale, non è certo coerente a sè stesso quando l'*uti legassit* riferisce al testamento pubblico (1). La formola stessa della legge accenna ad atto individuale: *uti (paterfamilias) legassit* etc. (2). Certo i decemviri non abrogarono espressamente il testamento comiziale: trattavasi di istituto che per le condizioni politiche e sociali, non era più in uso, e tale abrogazione sarebbe stata superflua. Cicerone (3) parla del testamento *in procinctu* e di quello *per aes et libram* come delle due sole forme esistenti nella seconda metà del sesto secolo. Il modo di esprimersi, specie il pareggiare al testamento antichissimo *in procinctu* il privato, prova che questo da lunga pezza aveva vita legale, era stato riconosciuto, e rende verosimile l'ipotesi nostra, che esso già esistesse all'epoca decemvirale, mentre d'altra parte non lascia supporre una coesistenza col testamento pubblico, coesistenza, come riconosce lo stesso Hölder, di cui non è traccia nella tradizione. Certo la *fam. mancipatio* ne'suoi primordi stette allato al testamento pubblico, ma quando fu generalmente accolta e poi sanzionata dalla legge, non è verosimile che questo testamento sia stato più in uso, sebbene non espressamente abolito. Nè a far ritenere, che la desuetudine del testamento comiziale non possa risalire al di là della riforma decemvirale, vale l'asserzione di Hölder, essere senz'esempio, che una istituzione giuridica antiquata prima delle XII Tavole abbia vissuto ancora nella memoria dell'epoca imperiale. Ma ove si ponga mente, che Labeone (4) si occupa del nostro istituto, si capirà non essere per sè inverosimile, che a un cultore delle memorie antiche, anzi in genere alla comune delle persone colte, fosse noto tale istituto importantissimo della vita antica romana, non essendo quattro secoli tale spazio di tempo da cancellare del tutto ogni traccia di esso. D'altra parte se i libri pontificali tramandarono fino a Cicerone la memoria dell'antichissima *proco-*

(1) Op. cit. p. 63.

(2) Cic. de inv. II 5; Auct. Rh. ad Her. 1. 3.

(3) De orat. I. 53. 228.

(4) Gellio XV. 17.

catio a regibus (1), non è cosa assai più probabile, data la *cognitio pontificum*, e in genere l'influenza di questi nel testamento *in calatis comitiis*, che di questo in tali libri siasi conservata la ricordanza? La natura stessa dell'atto rendeva facile la conservazione della memoria di esso: benchè del resto ad attestare da quanto lasso di tempo il nostro testamento fosse andato in disuso basti il fatto, che gli scrittori che ce ne parlano ignorano i particolari di esso.

Ma a provare che l'*uti legassit* non può riferirsi al testamento pubblico, sibbene al privato, vale ancora quanto appresso. Se fin da principio la legge comiziale regolatrice della sostituzione di un cittadino per il caso della sua morte, portava il nome di *testamentum*, se come non è dubbio, tale denominazione è sicura pel periodo decemvirale, se infine in questo periodo era ancora in vigore il testamento *in calatis,* perchè la legge decemvirale non adoperò il verbo *testari*, ma piuttosto l'altro *legare*? Per noi che della esattezza terminologica di quei tempi teniamo il debito conto, l'uso del *legare* è prova certa che si intendeva accennare a cosa tutta diversa dal solito *testari.* Ed è di fatto così, sotto duplice rispetto: 1° per la forma, perchè l'atto che si sanzionava non era (e non poteva essere) l'antico testamento; 2° pel contenuto, che nel nuovo atto era di molto più ristretto (2).

Fissato il punto fondamentale, che cioè l'*uti legassit* si riferiva proprio al testamento privato, è facile mostrare, per più argomenti, che in esso *legare* accenna solo a disposizioni a titolo particolare. È opinione ormai comune, che il testamento *per mancipationem,* nella sua forma primitiva non comprendesse che legati (3). Ed infatti Gaio ci dice che

(1) Cic. De rep. II. 31. Cfr. Seneca epist. 108. In proposito, v. FADDA, Appello penale n. 7.

(2) Il CUQ, Op. cit. p. 538, pretende che qui si sia adoperata la espressione *legare*, per ciò che l'importan e pei Romani era la disposizione piuttosto che l'attestazione di essa. Tale affermazione non ci persuade, vuoi perchè conduce necessariamente alla conseguenza, certo non sostenibile, che l'antico *ius civile* desse più peso alla sostanza che alla forma, vuoi ancora perchè essa non tien conto dell'originario significato del *testari*, di cui sopra discorremmo.

(3) Cfr. fra i molti BECHMANN Op. cit. I. 299; HÖLDER Op. cit. III; CUQ Op. cit., p. 555; SCHULIN Op. cit., p. 51; SOHM Inst. (3ª ed.), § 99, p. 409; PERNICE Labeo, I. 475, nota 7.

il *fam. emptor heredis locum optinebat*, e che in tale qualità riceveva mandato di fare quelle prestazioni, che il mancipante indicava. La *mancipatio familiae* si spiega appunto per la primitiva impossibilità di nominare un erede nella *nuncupatio*. E la formola stessa di questa conferma a tutta evidenza il concetto da noi accettato, in quanto in essa manca ogni accenno alla *heredis institutio*. La prima parte *ita do, ita lego,* congiungendo indissolubilmente il *dare* al *legare,* non può contenere una istituzione di erede, essendo impossibile far rientrare questa nel concetto di *datio*. La sola espressione della formola, che per la sua generalità potrebbe ritenersi comprensiva della nomina di un *heres*, e cioè la finale *ita testor*, non può avere tale portata già per ciò, come osserva il Bechmann, che essa è posta in fine, mentre per contro dovrebbe essere in prima linea se avesse quel significato, e ciò naturalmente perchè *heredis institutio est caput et fundamentum totius testamenti*. D'altra parte il *testor* qua non è che una parte della formola comiziale, trasportata nel bel mezzo del testamento privato, come a suo luogo dicemmo. Dato tale carattere pel *test. p. aes et libram*, e ammesso che a questo si riferisca l'*uti legassit*, non si può certo spiegare il *legare* in senso largo, se pure non si vuol comprendervi anche il *mancipio dare*, ciò che non si può ammettere, vuoi per il significato del *legare* in sè, vuoi perchè le XII Tavole non potevano aver bisogno di confermare il diritto di mancipare in genere.

Indipendentemente da questo ragionamento fondato sulla natura del testamento privato, altre ragioni furono addotte a mostrare che il *legassit* dovette avere significato ristretto. È giusta osservazione di Hölder (1), che la legge decemvirale accenna ad un duplice ordine di disposizioni, comprese però sempre nel concetto generico del *legare rei suae:* e cioè, sulla *pecunia* e sulla *tutela*. Ora se queste due sorta di disposizioni vengono poste una accanto all'altra, come analoghe, anzi come comprese nella stessa cerchia, è verosimile

(1) Op. cit., p. 65.

che s'intendano come aventi eguale carattere. Ora, sia che con Hölder (1) e coi più si ammetta trattarsi qua di *tutela personarum*, o con Schirmer e Salkowski di *tutela rei* (2), sempre è vero che noi ci troviamo di fronte ad una disposizione a titolo singolare. Anche la nomina di un tutore, fatta in relazione ad un intero patrimonio o quota di esso, ha tale carattere. Se così è, deve ritenersi a titolo singolare anche la disposizione sulla *pecunia*. Non egualmente fondato invece mi sembra un altro argomento addotto da Hölder (3). La *heredis institutio* non è, scrive egli, un *legare rei suae*, per ciò che gli obblighi del defunto, che passano nell'erede, non appartengono alla *res sua* del testatore: essi non fanno parte di ciò che è suo, ma sono qualche cosa in grazia della quale egli stesso è in certa guisa di un altro, del suo creditore, epperò ogni nomina d'erede dispone non solo sopra la *res sua* del testatore, ma sulla persona dell'erede. Noi non possiamo impegnarci in una discussione sopra questo punto; notiamo però che non vi è nella istituzione di erede una disposizione sull'*aes alienum*, che questo cade sull'erede come possessore del patrimonio ereditario, ed in conseguenza della qualità da lui assunta. Lo *ita ius esto* non può per sè stesso aver vincolato l'*heres* più di quel che vedemmo averlo vincolato l'*heres esto*. Un'accettazione posteriore è pur sempre indispensabile.

Altro argomento a favore dell'interpretazione da noi accettata potrebbe trarsi dall'antitesi fra *pecunia* e *familia* nella terminologia delle XII Tavole, antitesi che varii recenti scrittori fecero ben spiccare. Mentre per la successione legittima degli agnati *(agnatus proximus familiam habeto)*, dei gentili *(gentiles familiam habento)*, de'patroni *(ex ea familia [qui liberatus erit, eius bona] in eam familiam [revertuntur])* si adopera la espressione *familia*, nel disposto che stiamo esaminando, come in quelli relativi alla curatela del furioso *(adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas*

(1) Op. cit., p. 65; Zschr. der Sav. Stift. (R. A.) III. 215 sg.

(2) SCHIRMER, Zschr. der Sav. Stift. (R. A.) II. 173 seg.; SALKOWSKI, Ibid. III. 199-204 seg.

(3) Op. cit., p. 66.

esto), al premio della lotta *(qui coronam parit ipse pecuniare eius)* si parla di *pecunia*. D'altro canto abbiamo le espressioni tecniche caratteristiche *familiae emptor*, *judicium familiae erciscundae*, e nella formola del testamento *per mancipationem*, nonchè nella pronuncia sulla sacertà, le due espressioni sono congiunte: *familia pecuniaque tua..... esto mihi empta* (Gaio II. 104) — *sacer alicui deorum sit, ut familia pecuniaque* (Festo v. sacratae leges). Certo non si può disconoscere, che queste diverse espressioni non sono adoperate a caso: tanto più trattandosi dell'antichissimo linguaggio legislativo (1). Onde le diverse ipotesi sul senso dell'antitesi. Ihering (2), in un incidentale accenno ad una nuova e seducente opinione sulla storia dell'antica proprietà romana, suppone che nella terminologia indicata *pecunia* comprenda le *res nec mancipi*, *familia* le *res mancipi*, e d'altra parte sostiene che sole le *res mancipi* formavano oggetto del *dominium ex jure Quiritium*, mentre sulle *res nec mancipi* non si avrebbe se non un *meum esse* a protezione limitata. Kuntze, seguito dal Cuq, intende per *familia* i beni pertinenti collettivamente al gruppo famigliare: *pecunia* poi sarebbe la proprietà individuale (3). E questa opinione, con molta cura e validi argomenti, sostenne di recente il nostro illustre Carle (4). Qualunque delle due accennate ipotesi, posta in relazione coll'*uti legassit*, ci confermerebbe nell'avviso, che qua si tratta di sole disposizioni a titolo singolare. Sia pure che si lascino ad uno tutte le cose *nec mancipi* (Ihering), sia che gli si lascino le cose appartenenti all'individuo, manca il concetto di una *successio in universum ius, in omne ius defuncti*. Ciò è chiaro per le *res nec mancipi*, ma non ci pare meno certo per le cose appartenenti al *civis* in proprio. Il *civis* ha non solo il diritto su queste cose, ma ha anche un diritto, sia pure limitato e conformato come si voglia, sul patrimonio famigliare.

(1) Cfr. p. e. IHERING, Iahrbücher f. d. Dogm. XXIII, 207 nota (Gesammelte Aufsätze III, 282); CUQ, Op. cit., p. 510, MOMMSEN, Staatsrecht III. 22, note 4. 5.

(2) L. c.

(3) KUNTZE, Excurse 141, 612; CUQ l. c.

(4) Le origini della proprietà quiritaria presso le genti del Lazio, Torino 1887, p. 11, seg.

Ora tal diritto non può da lui essere trasmesso per testamento, se l'*uti legassit* si restringe solo alla *pecunia* intesa nel secondo senso. Se così è, non tutte le relazioni giuridico-patrimoniali passano nell'onorato, e questo non può essere *heres*. Vanamente si obbietterebbe che la *pecunia* forma un patrimonio a sè, perchè questa idea di patrimonio è estranea all'antico diritto: d'altro canto l'essenziale per il concetto di *heres* è la *successio in universum jus*. — Però dichiariamo di non potere fare assegnamento sopra alcuna delle due accennate ipotesi. Per la prima la nostra negativa è sicura e recisa. Anche quelli, che non limitano l'*uti legassit* come noi facciamo, ammettono che in esso è certo compreso il *leg. per vindicationem*. Ora Gaio riferisce (II. 196): *Eae autem solae res per vindicationem legantur recte, quae* EX IURE QUIRITIUM *ipsius testatoris sunt* (Cfr. Ulp. XXIV, 7). Adunque nel disposto decemvirale *pecunia* non può intendersi nel senso di *res nec mancipi*. L'altra ipotesi, data la complicazione de'problemi che essa risolve, non può essere discussa qua, perchè ci porterebbe fuori strada. E non potendo pronunciarci in merito ad essa, rinunziamo a trarne argomento a pro della nostra opinione. Certo è che, fra i sostenitori di essa, quelli, come il Carle, che del *nec mancipium* fanno il patrimonio non connesso all'organamento familiare, si trovano di fronte alla stessa obbiezione che opponemmo allo Ihering.

Molto opportuno riflesso è per lo contrario, che il posteriore significato di *legare* non si può porre d'accordo col primitivo amplissimo. Quale potrà essere mai la ragione della mutazione? Alcuni si limitano ad affermare il fatto, senza curarsi di spiegarlo (1). Altri trova cosa più comoda dichiarare impossibile la spiegazione (2). Strana, a dir poco,

---

(1) Vedi fra gli antichi RAMOS DEL MANZANO in Thesaurus di Meerman VII. 271, § III: Postea tamen paullatim in desuetudinem abiit contrario et communi usu noviorum. I. C. torum, apud quos legatorum appellatio ad singularia relicta testamento disposita verbis imperativis legitimisque referri solet, et ab institutione heredis, sive dispositione de universo iure hereditatis distinguitur.

(2) Cfr. MAYNZ III, § 414, p. 526.... « dans la suite cependant, on reserva, *pour des « raisons inconnues,* les locutions *legare, legatum,* exclusivement aux dispositions à titre « particulier. »

è la spiegazione dello Schütze, già da noi riportata (1). Essa si fonda sul presupposto, che le locuzioni *testari, testamentum*, a significare qualunque disposizione in genere di ultima volontà, risalgono soltanto al testamento *per mancipationem*: in tal punto il *legari* sarebbe stato limitato alle disposizioni a titolo particolare. Ma anzitutto già notammo che *testari*, *testamentum* già vi erano sotto le XII tavole, ossia quando ancora avrebbe avuto efficacia il preteso larghissimo significato di *legare*. D'altra parte è curioso, che la denominazione di *testamentum* si voglia derivare da un atto, che in origine non ne ebbe il carattere, e nella forma restò sempre una *mancipatio*. Infine, e ammesso tutto il resto, lo Schütze non spiega nulla, perchè resta ancora da mostrare per qual ragione, sorto il *testari*, il *legare* ebbe quel significato ristretto. Un' altra via d'uscita è nell'Arndts (2): ma, se bene abbiamo inteso il concetto dell' autore (perchè, contro il solito, non molto chiaro) anche questa via non pare che faccia giungere a un buon risultato. Arndts naturalmente non dubita che *legatum* tragga il suo nome dal *legare* decemvirale. Osserva però che il *legare* è divenuto un verbo transitivo, costrutto coll'accusativo: *legare rem*, mentre nelle XII tavole è seguito dal dativo: *legare rei suae*. La restrizione del significato è, in via di ipotesi *(vielleicht)* riferita al *test. per aes et libram*. « La essenza di questo, scrive l'Arndts, consisteva, com' è « noto, in ciò che un cittadino trasferiva *(mancipio dabat)* « ad un altro la sua *familia*, cioè, la sua signorìa patrimo- « niale complessivamente, o l'intera sua posizione giuridico- « patrimoniale, senza distinzione fra singoli elementi patri- « moniali, per via di una vendita solenne apparente, in « relazione alla quale, come in ogni *mancipatio*, in riguardo « all' oggetto della mancipazione, per via di dichiarazione « orale *(nuncupatio)*, poteva prendere particolari disposizioni. « Le quali, secondo un altro disposto delle XII tavole, ave- « vano piena efficacia come *lex mancipii*, una specie peculiare « di *lex rei suae dicta*, sicuramente con riguardo a ciò che,

(1) Confr. Rechtslexikon di Holtzendorff v. Legat. loc. cit.

(2) Op. cit., § 1517ᵃ, p. 11 seg.

« in forza del disposto *(uti legassit)* per lo innanzi spiegato,
« era concessa al Romano una signoria della volontà in
« ordine al suo patrimonio anche al di là della vita. Ora,
« come Gaio riferisce, per consuetudine antichissima appunto
« in questo caso, soltanto il *familiae emptor* era il vero
« erede *(der eigentliche Erbe)*, *heres* che in forza di quella
« compra immaginaria e della concomitante dichiarazione
« del mancipante era chiamato a subentrare nella comples-
« siva posizione giuridico-patrimoniale di quest' ultimo, e
« al *fam. emptor*, a mezzo della *nuncupatio* veniva imposto,
« come restrizione od obbligo, ciò che a quello in ordine al
« suo patrimonio piacesse ancora particolarmente disporre.
« Così adunque il contenuto ultimo soltanto della *lex man-*
« *cipî*, *legatum*, era distinto dalla tendenza precipua di tutto
« il negozio giuridico, di disciplinare la integrale successione
« nel patrimonio del testatore, la *hereditas*. Quando poi più
« tardi, come Gaio ulteriormente riferisce, divenne usuale
« di adibire il *fam. emptor* solo per parvenza e formalità,
« e di nominare accanto ad esso, a voce o per iscritto, un
« altro erede, *restò* nella consuetudine la espressione *legatum*
« come tecnica designazione di quelle speciali disposizioni
« patrimoniali, in antitesi all'istituzione di erede. »

Il concetto dell'Arndts pare sostanzialmente questo. Che mentre tali disposizioni particolari erano sotto l' *uti legassit*, erano pur *leges mancipii*, ossia *legata*, e che anche quando nella *nuncupatio* si pose la *heredis institutio* questa non partecipò del nome che era proprio dell'antico contenuto della *nuncupatio*. Ora in ciò vi è contraddizione, perchè da un lato si dice, che il legato deriva il suo nome dalla disposizione *uti legassit*, dall'altra si fa capo alla *lex mancipii.* In buona sostanza la istituzione di erede cade per un solo riguardo nel concetto di *lex*, il legato vi cadrebbe per due riguardi. Ma anzitutto la denominazione di *lex mancipii* non è testualmente nella legge delle XII Tavole: poi non è sull'*uti lingua nuncupassit* che si fonda il legato, come meglio si dirà. Ad ogni modo Arndts dice che il nome *legatum* fu sempre speciale alla disposizione a titolo singolare: solo il *legare* avrebbe abbracciato in genere ogni di-

sposizione *mortis causa*. Ora tali affermazioni sono poco serie, perchè una confusione enorme sarebbe derivata da questo uso del sostantivo per indicare un istituto diverso da quello designato coll'infinito.

La infelicità dei tentativi per esplicare la trasformazione del significato di *legare* è già per sè una prova. Ma contro la possibilità della mutazione stanno gravi ragioni. Non sarebbe da meravigliare, scrive Hölder (1), che *legare* da designazione di genere diventasse designazione di specie, ma strano davvero sarebbe, che quell'espressione non sia servita più a designare quel *legare* che forma la base di ogni altro. Ciò, continua egli, si spiegherebbe solo quando la posteriore specializzazione del *legare* fosse stata negativa, talchè valesse a significare le disposizioni di ultima volontà ad eccezione di quelle designate con nome speciale. Ma che non si tratti di quest'ultima supposizione nel caso nostro è provato dal testo delle leggi Furia e Voconia, in cui accanto al *legatum*, nome di specie, si ha il *mortis causa capere*, evidentemente nome di genere (Gaio II. 225. 226). Tale significato è esplicitamente assegnato nelle nostre fonti alla *mortis causa capio*.

Fr. 31 pr. d. m. c. donat. et cap. 39. 6 (Gaius l. 8 ad ed. prov.).

Mortis causa capitur, cum propter mortem alicuius capiendi occasio obvenit, exceptis his capiendis figuris quae proprio nomine appellantur.

E in sussidio della prima osservazione di Hölder parmi si possa aggiungere qualche altro riflesso. Ulpiano (XXIV. 1) dice che *legatum est quod legis modo, id est imperative, testamento relinquitur*. Ora non solo il legato, ma eziandio la disposizione a titolo universale, doveva essere fatta imperativamente, talchè a stregua di questa definizione, si sarebbe dovuto comprenderla nei legati. Nè vale il dire (2) che Ulpiano vuol solo distinguere il legato dal fedecommesso. L'antitesi non sarebbe, se mai, adeguata, perchè, es-

(1) Op. cit., p. 65, nota 13.

(2) Hölder, Op. cit., p. 72 seg.

sendovi fedecommessi universali e particolari, essa dovea opporre ai primi il corrispondente istituto civile. La definizione però si spiega agevolmente quando la si faccia risalire ad un'epoca in cui solo disposizioni a titolo particolare erano nel testamento. La norma, che l'imperativo dovesse essere la forma necessaria delle disposizioni testamentarie è, come già dicemmo, da far risalire all'epoca in cui la *nuncupatio* fu innestata nel testamento privato ad imitazione del pubblico; onde la esteriorità legislativa. Ma appunto in quell'epoca il testamento era di soli legati.

Del resto la riprova del nostro modo di vedere, che cioè il legato sorse solo dalla legislazione decemvirale, e che appunto in questa a tale disposizione accenna il *legare,* si ha in ciò che mentre fino alla legge delle XII Tavole noi non troviamo memoria di un legato, posteriormente, anzi poco appresso, il legato appare e proprio con quella denominazione, che si vuole invece attribuire ad ogni disposizione a causa di morte. Anzitutto non è cenno di legato prima delle XII Tavole. Per quante ricerche abbiamo fatte non potemmo trovare il menomo accenno a legati relativamente a questo periodo. Solo un passo di Livio par che ne tratti, laddove si dice (1): *Numitori, qui stirpis maximus erat, regnum vetustum Silviae gentis* LEGAT *(Proca).* Ma sarebbe strano il sostenere che qua si tratti di vero legato.

Se si guarda, come deve farsi quando si conta sulla precisione di linguaggio dello scrittore, all'oggetto della disposizione, non si può dire qua che si tratti piuttosto che di legato, di istituzione di erede. Non vi è qua una disposizione di carattere privato, patrimoniale, ma politica, e non si può ad essa applicare quei criterî che sono decisivi in tema di diritto privato. Il vero è che *legare* ha qua significato volgare e non giuridico, e corrisponde a « lasciare. » La prova se ne ha in ciò che Livio stesso ripetutamente adopera l'espressione eredità a proposito della successione sul regno. Così p. e. I. 40.... *tum Servio occiso, quemcumque alium generum delegisset, eumdem* REGNI HEREDEM *facturus videbatur.* I. 48.... *Quum*

(1) I. 3. 10.

ille ferociter ad haec, se patris sui tenere sedem, multo quam servum, potiorem filium regis REGNI HEREDEM. I. 53.... *ne quam stirpem, ne quem* REGNI HEREDEM RELINQUAT. II. 2.... *velut* HEREDITATEM *gentis scelere ac vi repetisse*. Da ciò non bisogna dedurre che *legare* nel passo di cui ci occupiamo significhi *heredem instituere*, come pretende il Voigt (1), credendo di trovarvi la conferma del significato larghissimo di *legare*. Ripetiamo anzitutto, che la natura dell'oggetto non consente qua alcuna conclusione: che Livio non adopera *legare* come termine tecnico. La prova manifesta se ne ha in ciò, che Livio scrisse in un'epoca in cui certamente (e da secoli) il significato di *legare* era ristretto ai legati, e che se propriamente avesse voluto qua parlare, la sua espressione accennerebbe a legato. Noi invece dal confronto dei passi di Livio deduciamo, che nè di vero legato volle parlare, nè di vera istituzione di erede.

Il Voigt (2) crede di trovare un altro passo in cui il *legare* è riferito ad istituzione di erede, ed è il seguente tolto da Plauto (3).

> Lib. Vae tibid!
> Leon. Hoc testamento Servitus legat tibi.

Ma evidentemente anche qua ci troviamo di fronte a una terminologia, che non ha nulla di giuridico, e se mai il passo accenna piuttosto a legato; il che non andrebbe punto contro il nostro modo di vedere.

VIII.

Dicemmo che l'errore fondamentale nell'interpretazione del disposto decemvirale, donde trasse la sua efficacia giuridica il legato, è quello di far *legare* = *legem dicere*. Secondo

(1) Die XII Tafeln I. 221.
(2) L. c.
(3) Asin. II. 2. 40.

noi è da tener conto di un germe di vero racchiuso in una falsa spiegazione del Donello. Questi (1) pone a paragone il *legare* del diritto pubblico con quello del diritto privato. Là si ha un « mandare personam aliquam pro imperio, quae « vice nostra fungatur » qua invece un « dimittere a se « rem aliquam, quam pro imperio post mortem tuam in « alium conferas. » A buon diritto l'Arndts (2) afferma che questa derivazione non può trovare accoglimento. Eppure ha in sè un fondo di verità: la parentela fra il *legare* decemvirale ed il *legare* del diritto politico. Che *legare* abbia il significato di dar mandato, incarico, ordine, non si può porre in dubbio (3). Ora se noi poniamo in relazione il *legare* decemvirale col *mandare*, col *rogare*, che trovammo in Gaio, notiamo questa mirabile coincidenza: che le XII tavole precisamente disciplinano quel rapporto riferitoci da Gaio. I decemviri altro non fecero che dar sanzione a un istituto, che trovarono nella vita pratica. Quel mandato *mortis causa*, che per lo innanzi era sotto l'egida della *fides*, è ora sotto la protezione del diritto: *ita ius esto.* E per scegliere un esempio di antico scrittore, Plauto appunto ci dà modo di provare come il *legare* nella vita comune fosse appunto adoperato in quel senso. *Legatum est tibi negotium* (Cas. I. 12). Qua non si ha da intendere, come pretende il Voigt, *lex tibi dicta est negotio gerendo,* interpretazione arbitraria e insostenibile, ma bensì: *mandatum est tibi negotium*, il che torna a favor nostro. Quel che Pernice (4) dice del fedecommesso posteriore, è perfettamente vero ed esatto pel fedecommesso primitivo: entrambi contengono sostanzialmente un mandato. Solo che, pur partendo dalla stessa origine, i due istituti ebbero un diverso svolgimento, a cagione appunto del diverso ambiente, della diversa epoca, delle diverse condizioni in cui si svolsero. Il fedecommesso primitivo rappresenta a' suoi tempi l'unica forma di dispo-

(1) Comm. iur. civ. VIII, 1 c. 3-5.

(2) Op. cit. I p. 11, nota 20.

(3) Cfr. MOMMSEN Staatsrecht III. 308, nota 4, REIN das röm. Privatrecht, p. 379, nota *.

(4) Labeo I. 413.

sizione testamentaria a titolo singolare; il nuovo ha già allato l'istituto civile del legato perfettamente conformato. Là, quando interviene la sanzione della legge, la trasformazione non è da obbligo fondato sulla *fides* in obbligazione civile, bensì da atto dipendente dalla *fides* dell'*heres* in atto assolutamente indipendente dalla sua volontà. La donazione a causa di morte, *dono datio*, *dono dare*, che, come vedemmo, è la prima forma di liberalità in previsione della morte, si trasforma in *dare legare:* trapasso di proprietà, che ha la sua base nella dichiarazione speciale di volontà aggiunta alla *mancipatio*. Dal complesso de' beni del mancipante si eccettua qualcosa e se ne trasferisce la proprietà in altra persona per opera della disposizione legislativa, che attribuisce alla eccezione fatta nella *mancipatio familiae* lo stesso effetto di un testamento. La trasformazione non poteva consistere nell'addossare un obbligo all'erede, sia per lo stato del concetto di obbligazione, cui accennammo, sia perchè la *datio* si presenta sempre nella storia prima dell'*obligatio*. Del resto è storicamente attestata questa precedenza in tema di legati, e noi l'abbiamo mostrato a suo tempo. Aggiungiamo solo due riflessi. Anzitutto è da richiamare l'attenzione su ciò, che la pratica ammise bastare per la validità del legato *p. v.* di cose *quae pondere, numero, mensura constant*, che queste appartenessero *ex jure Quiritium* al testatore *mortis tempore* (Gaio II. 196; Ulp. XXIV. 7). Ora a noi pare che questa eccezione, certo dettata da bisogni pratici, si spieghi molto naturalmente ammettendo che, quando fu introdotta, ancora non esisteva *leg. p. damn.;* perchè a mezzo di questo il testatore avrebbe potuto ovviare a quella nullità, e non vi sarebbe stato bisogno di toccare ad una norma fondamentale, quando vi era mezzo acconcio per soddisfare altrimenti al bisogno. D'altra parte Ulpiano (XIX. 17) riferisce direttamente alla legge decemvirale il *leg. per vind.,* mentre nulla è detto per quello *p. damnationem*.

Questo passo di Ulpiano contiene del resto la conferma più chiara della storia del legato quale l'abbiamo delineata, e spiega benissimo il carattere del nuovo istituto.

Lege nobis adquiritur velut caducum..... item legatum ex lege XII tabularum.

Tutte le spiegazioni artificiose dell'acquisto *ipso jure* nel legato vengono meno. Non occorre far risalire il *l. p. v.* al testamento comiziale per darsi ragione del trapasso diretto ed immediato della proprietà dal testatore nel legatario. Come Ulpiano ci riferisce, qua si ha un acquisto *lege*, proprio di quella stessa natura, che avrebbesi facendo capo ad un legato di proprietà nell'antico testamento. Questo acquisto è tratteggiato nelle parole del Ramos del Manzano (1): *ipso iure ex legis auctoritate sine traditione.* Come per l'erede, così qua non vi è bisogno di alcuna tradizione. E sotto questo punto di vista è esattissimo il fr. 80 de leg. II: *legatum ita dominium rei legatarii facit, ut hereditas heredis res singulas.* Dell'*uti legassit* si può dire che dava al contenuto del testamento privato la stessa efficacia di un disposto legislativo, e al testamento privato appunto può applicarsi quanto l'Arndts non giustamente dice del comiziale: « La volontà « dichiarata del cittadino, per riguardo a quello che entro « la cerchia della sua signoria di diritto privato deve es- « sere diritto, fu quindi per sè a mezzo della generale con- « ferma legislativa munita della efficacia di una legge, con- « ferma che altrimenti poteva essergli concessa a mezzo « della speciale sanzione del popolo » (2). Questo carattere così bene indicato dal passo di Ulpiano, mostra la infondatezza di alcune affermazioni contro l'ipotesi di un *l. p. v.* nella *fam. mancipatio.* Così il Maynz scrive: « Il est inconce- « vable que des interprètes modernes aient attribué l'origine « de ces legs au testament *p. aes et libram*, ou lui aient « même donné une origine plus récente. Si la mancipation « avait été la forme originaire du testament il est probable « que le droit romain n'aurait jamais connu le legs *p.* « *vind.* » (3). Non occorre far notare quanto sia esagerata l'affermazione del Maynz. A noi interessa osservare, che,

(1) Op. cit., § XXIV, p. 277.

(2) Op. cit., p. 1).

(3) Op. cit. III, § 414, p. 526, nota 1.

data la nostra spiegazione, non vi è nessuna difficoltà a far risalire il *l. p. v.* al testamento privato, perchè non solo la legge può in genere attribuire la efficacia suindicata all'eccezione di certe cose fatta nell'alienare un patrimonio, ma abbiamo eziandio il passo di Ulpiano, che fa risalire alle XII Tavole tale efficacia, e, come vedemmo, in tal epoca il testamento pubblico avea perduta la sua pratica importanza. Non regge nemmeno la osservazione del Cuq (1) che la *fam. mancipatio* non possa produrre un acquisto *lege* essendo un ritrovato della pratica.

È precisamente la conferma legislativa di questo istituto escogitato dalla pratica che ci attesta il *legare* inteso nel senso da noi sostenuto. E allora si spiega mirabilmente perchè Gaio parlando del primo stadio del testamento privato, parli di *rogare*, *mandare*; espressioni di significato strettamente tecnico nell'epoca sua, mentre poi per l'ultimo stadio è parola di *legata*. Le pretese improprietà che altri, come nota il Cuq, volle scorgere in Gaio, sono invece espressioni ottimamente scelte. Ancora, data la nostra spiegazione appare chiara la infondatezza della ipotesi di Hölder, a suo tempo accennata, secondo cui ad una combinazione dell'*uti legassit* coll'*uti nuncupassit*, escogitata dalla giurisprudenza posteriore alle XII Tavole, si dovrebbe attribuire l'efficacia giuridica del legato nel testamento privato. Nè può in proposito aver valore il richiamo a Cic. De Orat. I. 57. 245, sia perchè la *fam. mancipatio*, pur avendo carattere testamentario, non lasciava di essere sottoposta all'*uti nuncupassit* nel senso, che si doveva rispettare quanto le parti avevano letteralmente statuito, sia perchè non deve meravigliare, che data l'esistenza della *nuncupatio* nel testamento privato, *nuncupatio*, che, come nota Bechmann, non accenna a patti speciali, ma invece deriva dall'antico testamento, gli scrittori posteriori abbiano potuto trovare una relazione coll'*uti nuncupassit*, mossi dalla identità dell'espressione.

La legge decemvirale fu la base della trasformazione per la *familiae mancipatio*. Testamento era già questa nella con-

(1) Op. cit., pag. 558.

siderazione della pratica, ed efficacia di testamento le diedero le XII Tavole. Ma, conformemente al solito procedimento romano, l'uso aggiunse la forma del vecchio testamento al nuovo istituto per mantenere il nesso per lo meno nella parvenza. Onde il trasporto della *nuncupatio* nella *mancipatio*, e quella formola della mancipazione così peculiarmente configurata. La *nuncupatio* è propria dell'antico testamento comiziale, e il nome stesso mostra, che questo testamento era verbale. Ciò del resto risulta dai varî passi delle fonti in cui a proposito della istituzione di erede si parla di *palam nuncupare* (1), il che accenna sicuramente a epoca antichissima in cui lo scritto non era in uso. Di contrario avviso è lo Schulin (2) secondo cui il testamento *in calatis* si faceva presentando al popolo la dichiarazione scritta. Ma tanta è l'antichità del testamento comiziale, che è impossibile immaginare la formalità dello scritto come sostanziale: e del resto la *nuncupatio* accenna appunto a dichiarazione verbale (3). Che poi le parole tutte della *nuncupatio* riferiteci da Gaio fossero tolte dall'antico testamento non credo. Così non si può affermare neppure per gli ultimi tempi del testamento pubblico la esistenza di *tabulae*. Gaio parla del caso normale al suo tempo, ma è certo, che il testamento privato poteva essere semplicemente nuncupativo. Sicure invece sono le parole finali: *ita testor itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote*. Qua si ha da un canto l'affermazione solenne davanti ai testimonî, e dall'altro la richiesta della cooperazione e della testimonianza (4). Invece le parole *ita do, ita lego* sono aggiunte conformemente all'indole del nuovo testamento, e sono una letterale riproduzione del disposto decemvirale. È una *datio* che, a stregua di questo disposto, si compie per via del *legare*. La formola della *nuncupatio* attesta anzitutto, che questa non conteneva, e lo dicemmo, istituzione di erede: poi che di legati vi era solo

(1) Cfr. i passi in Maynz III § 365, p. 236, nota 15.

(2) Op. cit., p. 53, nota 104.

(3) Cic. De orat. I. 53. 228 presenta il *test. in procinctu* come il solo verbale, perchè nell'epoca cui accenna non esisteva più il *test. in calatis*.

(4) Schulin, Op. cit., p. 58.

il *do lego;* infine la rispondenza fra il *lego* e il *legassit* è tanto evidente, che non può porsi in dubbio doversi il primo tipo di legato considerare come emanazione diretta della legge decemvirale. Ma non basta. La formola della *mancipatio* accenna direttamente, che questa si compie a scopo di testamento e in base alla legge pubblica: ora questo riferimento prova ancora che la legge decemvirale ha avuto di mira proprio la *fam. mancipatio*, e raffrontando il *secundum legem publicam* coll'*ita do, ita lego*, è da conchiudere, che la legge non ebbe presente se non questa figura speciale di disposizione. Tutto adunque ne persuade, che legato giuridicamente efficace si ha solo nel testamento privato, e che la prima forma di legato è appunto quella *per vindicationem.* Resterebbe ora a spiegare come si sia ammesso il *l. p. d.* e dopo di esso le altre due figure. Ma tale spiegazione eccede il compito propostoci, e la riserviamo ad altra occasione.

CARLO FADDA

IL POSSESSO DEL PRECARISTA

Memoria di Vittorio Scialoja

Questo studio ha per iscopo di determinare la posizione del precarista di fronte alla teoria del possesso, e di cercare a quali conclusioni per questa teorica ci debba condurre il possesso, che i romani riconoscevano nel precarista, mentre lo negavano al conduttore, al commodatario, ecc. Non intendo dunque fare nè una completa esposizione del precario, nè un completo studio del concetto del possesso romano, ma solo un semplice esame della connessione dell'uno con l'altro.

L'uso assai parco di citazioni non significa che io non abbia tenuto conto degli scritti precedenti (*) o che io non

---

(*) Non istarò a menzionare gli scritti generali o i trattati del possesso o della procedura interdittale. L'elenco degli scritti speciali più antichi trovasi in Lipenio, nei lavori, che menzionerò, dello Schmidt, del Bulling, del Dücker, e del SAVIGNY-RUDORFF, *Recht des Besitzes*, 7 Aufl. Ricorderò qui i seguenti lavori di questo secolo: I. G. BICKELL, *Diss. inaug. de precario*, Marburgi, 1820 (non cattiva) — A. G. DE SCHRÖTER, *Observationes iuris civilis*, Obs. IV, c. I, *de poss. eius qui precario accepit*, p. 66-80, Ienae, 1826 (vuol provare che per possedere il precarista doveva espressamente domandare il possesso) — GESTERDING, *Ausbeute von Nachforschungen*, vol. V. p. II, 3. *Zur Lehre vom Besitz.* 2) *Possessio precaria*, pag. 68-92. Greifswald, 1836 (molto sconnesso) — DEGENER, *Begriff des precarium*, 1831 (citato dal Bulling, a me ignoto) — A. F. VON DER HAGEN, *Ueber den nach* l. 15, § 4 *de prec. stattfindenden gleichzeitigen Besitz des precario rogans und des rogatus.* Hamm, 1840 (opuscolo troppo apprezzato dal Rudorff) — G. E. SCHMIDT, *Das commodatum und precarium.* Leipzig, 1841 (abbastanza buono: troppo disprezzato dal Rudorff) — SCHMIDT VON ILMENAU, Recensione dell'opera precedente di G. E. Schmidt,

ne abbia spesso profittato; chè anzi mi professo ad essi debitore della maggior parte delle osservazioni qui riunite. Solo non ho voluto aggravare di soverchia erudizione un lavoro, che tende unicamente a rilevare il nesso logico dello storico svolgimento del precario.

Credo poi che mi si perdonerà facilmente di non aver parlato delle origini a noi ignote del precario. Tutto ciò che si è scritto a tale riguardo non oltrepassa i limiti di una poco dimostrabile ipotesi.

I.

Non può revocarsi in dubbio, che nei primi tempi il precario non generava un rapporto giuridico personale tra il concedente e il precarista. Con la concessione, il precarista era posto in diretto rapporto con la cosa, e doveva difendersi da sè in tale rapporto, senza alcun diritto verso il concedente; non essendo astretto da vincolo obbligatorio, non poteva dirsi ch'egli amministrasse la cosa secondo l'altrui volontà e la possedesse per altri. Non erravano dunque i giureconsulti romani, quando, riferendosi specialmente a questi tempi, paragonavano il precario alla donazione (1).

---

nei *Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft* di Richter e Schneider, vol. 14, pag. 769-793. Leipzig, 1843 (da consultarsi utilmente) — C. BULLING, *Das precarium*. Leipzig, 1846 (abbastanza buono) — O. MAIER, *de l. 15, § 4, D. de precario. Diss. inaug.* Lipsiae, 1853 (di nessun valore) — H. DANKWARDT, *Das precarium und die Emphyteuse* nei *Jahrbücher für die Dogmatik* di Ihering, vol. 14, p. 281-310. Iena, 1875 (di scarso valore) — A. UBBELOHDE, *Ueber das precarium an körperlichen Sachen*, nell'*Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 59, p. 221-268. Heidelberg, 1876 (assai buono) — V. SCIALOJA, *Sopra il precarium*. Roma, 1878 (tesi di laurea scritta con soverchia ignoranza degli autori precedenti) — W. DÜCKER, *Beiträge zur Lehre vom Precarium. Inaug. Diss.* Altona, 1882 (debbo alla cortesia del prof. A. Pernice di Berlino la cognizione di questo opuscolo, che è piuttosto mediocre) — Va ricordato specialmente anche H. DEGENKOLB, *Platzrecht und Miethe*. Berlin, 1867, § 9 segg.

(1) Fr. 14 de prec. 43, 26 (Paulus); fr. 1, § 1. 2 eod. (Ulpianus); fr. 14, § 11 de furt. 47, 2 (Ulpianus). Vedi pure fr. 18 de don. 39, 5 (Ulpianus, lib. 71 ad Ed., forse a proposito del precario). Il precario doveva probabilmente tener luogo in questi tempi della donazione di proprietà revocabile, concetto allora ignoto. Veggasi la *lex romana Utinensis*, XXVII, 12 (HÄNEL, *Lex rom. Vis.*, p. 423) corrispondente a PAULUS, *Sent.*, V, 6, 10 (*Lex romana Visigothorum*, Paul. V, 7, 8). *Multa renascentur quae iam cecidere!*

Per riavere la cosa sua, al concedente non era dato da principio altro rimedio giuridico, che l'azione reale, nel caso che questa gli competesse. Era appunto nel riservarsi il diritto reale che il concedente trovava la propria garanzia; in forza di questo, egli perseguitava la cosa presso chiunque, ma non poteva ottenerne la restituzione dal precarista, se non in quanto questi l'avesse ancora.

Così stavano le cose, quando, venendosi a formare nel diritto romano la teoria del possesso, non si dubitò di classificare tra i possessori anche il precarista.

Noi non sappiamo determinare il tempo, in cui fu per la prima volta proposto l'interdetto *quod precario*, e non possiamo neppure dire con certezza, se questo fu anteriore o posteriore alla *exceptio precariae possessionis* inserita negli interdetti possessorii (1). In ogni modo notiamo che, se quella eccezione si ritiene precedente all'interdetto *quod precario*, essa ci attesta direttamente che il precarista era considerato come possessore, poichè poteva servirsi degli interdetti contro i terzi, essendo l'eccezione relativa al solo concedente *(alter ab altero)*. Se invece l'eccezione è posteriore all'interdetto, possiamo dire risolutamente che, se nonostante l'interdetto il precarista fu dichiarato possessore, a molto maggior ragione doveva esser tale anche prima.

L'interdetto *quod precario* ebbe certamente per effetto di rendere alquanto più stretto il rapporto tra il precarista e il concedente; ma tuttavia non alterò sostanzialmente la posizione del precarista di fronte alla cosa, specialmente nel tempo, che correva tra la concessione in precario e l'ordine di restituzione emanato dal pretore. L'interdetto infatti è basato sopra l'*habere precario*, cioè sullo stato delle cose esistenti al momento, in cui è pronunziato. Esso stabilisce quindi un rapporto pel futuro, senza aver riguardo al tempo precedente, se non in quanto si riferisce all'essere intervenuta la *precarii rogatio*. Il precarista seguitava dunque ad essere per questo tempo giuridicamente in un rapporto di-

(1) L'eccezione è antica, e si trova nelle più antiche formule degli interdetti, che ci sono state tramandate. Vedi per l'*Uti possidetis* il passo di FESTO, v. *Possessio* (Müller p. 233); per l'*Unde vi* la *lex Agraria* dell'anno 643, verso 18.

retto con la cosa, e non già in un continuato rapporto personale col *rogatus*.

Nè alcuno dei giureconsulti dei tempi antichi o dei tempi classici dubitò del possesso del precarista (1), nè su questo punto vi fu mai controversia (2).

Ma tuttavia da una parte il rapporto speciale che l'interdetto *quod precario* e l'*exceptio precariae possessionis* negli interdetti possessorii venivano a costituire tra il concedente e il precarista, dall'altra parte la notevole e notata affinità del precario con il commodato e con la conduzione non potevano mancare di portare a poco a poco qualche modificazione nell'antica teoria.

Il *rogatus* troncava oramai, ogni volta che voleva, il rapporto del *rogans* con la cosa, chiedendo al pretore l'interdetto *quod precario;* nè ciò bastava, perchè poteva anche impunemente espellere per via di fatto (purchè non *homi-*

---

(1) Oltre i numerosissimi testi relativi alla *exceptio precariae possessionis,* che, come abbiamo osservato, implicano necessariamente il possesso del precarista, si veggano i seguenti: fr. 2, § 3 de prec. 43, 26; fr. 4, § 1. 4 eod.; fr. 6, § 3 eod.; fr. 15, § 4. 5 eod.; fr. 17 eod.; fr. 19 pr. eod.; fr. 22 eod.; fr. 13, § 1 de publ. act. 6, 2; fr. 12 quem. serv. am. 8, 6; fr. 22, § 1 de nox. act. 9, 4; fr. 7, § 4 comm. div. 10, 3; fr. 3, § 5 de acq. v. a. poss. 41, 2; fr. 10 eod.; fr. 13, § 1. 7 eod.; fr. 21 pr. § 3 eod.; fr. 31, § 4 de usurp. 41, 3; fr. 33 § 6 eod., e tanti altri, nei quali le parole *possidere* e *possessio* debbono certamente intendersi in senso proprio. — Naturalmente qui non tratto dei casi, in cui il precario non è di possesso, ma di *esse possessione, morari* ecc., di cui parlerò più oltre.

(2) Nei testi citati nella nota precedente troviamo i nomi di giureconsulti dei vari tempi e delle varie scuole, concordi nel riconoscere il possesso del precarista: tali sono Trebazio, Labeone, Sabino, Celso, Giavoleno, Giuliano, Pomponio, Gaio, Venuleio, Paolo, Ulpiano. — Fu detto (ALIBRANDI, *Teoria del possesso,* p. 24 seg.) che Labeone negò il possesso del precarista, dicendolo solo naturale, e parificandolo a quello del commodatario e dell'inquilino. Ma ciò non si può desumere nè dal fr. 3, § 5 de a. v. a. poss. 41, 2, nè dal fr. 22, § 1 de prec. 43, 26. Nel primo l'argomentazione di Paolo e il modo, come egli cita Labeone, ci inducono a ritenere piuttosto che questi, considerando il possesso specialmente come un rapporto di fatto, negasse la possibilità del doppio possesso, ammettendo quello del precarista e non quello del concedente. Nel secondo testo poi Labeone dice, che anche il pupillo, che *sine auctoritate tutoris precario rogaverit,* è tenuto alla restituzione, perchè *quo magis naturaliter possideretur* non vi è bisogno dell'*auctoritas tutoris* e a lui si può bene applicare il *quod precario habes;* ma quest'osservazione, fatta pel caso speciale del pupillo (confr. fr. 1, § 3 de poss. 41, 2), non significa punto che il precarista possieda sempre solo *naturaliter*, cioè abbia la semplice detenzione, altrimenti Venuleio non avrebbe potuto accettare l'opinione di Labeone nel fr. 22, § 1 citato, mentre pochi versi più sopra, fr. 22 pr., aveva ammesso il possesso del precarista.

nibus armatis) il precarista dal suo possesso (1), e poteva impunemente turbarlo nel possesso stesso.

Ciò doveva facilmente far nascere l'idea, che, oltre il *rogans*, anche il *rogatus* possedesse, poichè realmente poteva oramai a proprio arbitrio disporre della cosa ed era vittorioso contro il *rogans* stesso in tutti gl'interdetti possessorî (2). E siccome il possesso del precarista non era contrario alla volontà del concedente, come era quello del possessore clandestino e più ancora del violento, l'idea del doppio possesso, che fu sostenuta per tutti i casi del possesso vizioso, doveva essere più favorevolmeate accolta soprattutto per il possesso precario.

Così avvenne infatti. Secondo ciò che Paolo ci narra (3), Trebazio mise innanzi la teorica, che due potevano simultaneamente possedere la medesima cosa, l'uno *iuste* l'altro *iniuste*, mentre il doppio possesso non era possibile per due giusti o per due ingiusti possessori (4). Questa dottrina fu sostenuta da Sabino specialmente pel caso del precario, e quindi anche per questo caso fu accolta, nonostante i dubbi degli avversarî, dal sabiniano Pomponio, il quale dichiarò essere il *rogatus* anch'esso possessore *quia non discesserit animo possessione* (5). Giuliano pure sembra avere accettata la teorica di Trebazio e di Sabino (6), e un testo, ben noto

---

(1) Non è necessario ricordare qui che nel diritto antegiustinianeo l'*exc. precariae possessionis* era inserita anche nell'ordinario interdetto *Unde vi. Lex Agraria* a. 643 vers. 18; CICERO, *pro Tullio*, XIX, 44, 45, *pro Caecina* XXXII, 92; GAIUS, IV, 151; PAULUS, V, 6, 7.

(2) Io sto per l'opinione di coloro, che attribuiscono effetto recuperatorio agli interdetti *retinendae possessionis*. Tuttavia l'argomentazione qui fatta non viene meno, anche se tale effetto si neghi, poichè il possessore vizioso dovrà sempre almeno perdere la lite.

(3) Fr. 3, § 5 de a. v. a. poss. 41, 2.

(4) La *precaria possessio* è qui detta *iniusta*, laddove in molti altri testi è detta *iusta*. Essa infatti è *iusta* di fronte ai terzi, fr. 13, § 1 de publ. act. 6, 2 (Gaius), fr. 22, § 1 de nox. act. 9, 4 (Paulus), fr. 7, § 4 comm. div. 10, 3 (Ulpianus); è *iniusta* di fronte al *rogatus*, fr. 3, § 5 de a. v. a. poss. 41, 2. Confr. fr. 2, 3 pr. U. P. 43, 17 (Paulus et Ulpianus), fr. 19 pr. de prec. 43, 26 (Julianus), GAIUS, IV, 151. — Priva di ogni appoggio nei testi è l'opinione ancora dominante, che distingue la *precaria possessio* in *iusta* e *iniusta* secondo che si considera prima o dopo la revoca della concessione.

(5) Fr. 15, § 4 de prec. 43, 26.

(6) Arg. fr. 19 pr. de prec. 43, 26; confr. fr. 1, § 11 de itin. act. priv, 43, 19.

per la sua difficoltà d'interpretazione, potrebbe farci ritenere che anche Ulpiano l'ammettesse (1).

Tuttavia anche coloro, che seguivano tale dottrina, non potevano considerare il precarista, nel caso antico e normale, semplicemente come persona, che prestasse il proprio ministerio al possesso del concedente. Questi possedeva, perchè poteva mettersi, a volontà, in relazione con la cosa, *nonostante* l'attuale possesso del precarista, non già *mediante* questo.

Per l'interdetto *Utrubi*, Ulpiano stesso scrive che il *rogatus* non può usare dell'accessione del possesso del *rogans*, se non dopo rotto il precario, quando abbia riottenuto il possesso (2). Questo punto era questionato (.... *quaeritur. Ego puto....*), e dall'insieme del testo sembra che le opinioni fossero tre: ammettendo alcuni che il *rogatus* potesse valersi del tempo, in cui il *rogans* possedeva, anche prima di rompere il precario; altri negando assolutamente che potesse aver mai luogo tale accessione di possesso vizioso (3); Ulpiano finalmente seguendo la media sentenza sopra esposta. Può presentare qualche difficoltà il conciliare questo passo, con gli altri dello stesso giureconsulto mentovati poco più sopra (4); ma a me qui importa soprattutto notare come

(1) Fr. 3 pr. U. P. 43, 17, dove il precario non è espressamente menzionato, ma si può sottintendere; confr. fr. 1, § 11 de itin. act. priv. 43, 19. Per il possesso clandestino confr. anche fr. 6, § 1 de a. v. a. poss. 41, 2; per il possesso violento fr. 17 pr. eod. Vedi però il fr. 13, § 7 de a. v. a. poss. 41, 2, di cui riparlerò più oltre. Al fr. 15, § 2 qui sat. cog. 2, 8 di Macro, citato da alcuni a questo proposito, non si può dare gran peso, perchè ivi la parola *possessio* non è usata in senso stretto.

(2) Fr. 13, § 7 de a. v. a. poss. 41, 2.

(3) Confr. fr. 13, § 13 de a. v. a. poss. 41, 2.

(4) Vedi sopra nota 1. — Non è facile ammettere che Ulpiano mutasse d'opinione dal libro 69 e 70 ad edictum (fr. 3 U. P., fr. 1 de itin.) al libro 72 della stessa opera (fr. 13 de poss.). Forse deve dirsi che nell'interdetto *Utrubi*, per la formula stessa più materiale: « *Utrubi hic homo..... fuit,* » era più difficile che nell'*Uti possidetis* ammettere il possesso del *rogatus*, quando il *rogans* non si riguardasse come semplice organo di tale possesso, ed era anche meno utile il ricorrere al doppio possesso, poichè l'accessione poteva aver luogo rompendo il precario; d'altra parte solo con la rottura del precario si poteva avere la certezza di riottenere la cosa, senza che sorgessero difficoltà alla restituzione. Forse pure potrebbe dirsi, che nel fr. 3 U. P. (e negli altri simili) il giureconsulto riconoscesse il doppio possesso soltanto nei rapporti tra il giusto e l'ingiusto possessore, nel fr. 13, § 7 de poss. non lo ammettesse di fronte ai terzi, e nel fr, 1, § 11 de itin. trattasse (come nel fr. 13 § 7 cit.) del computo utile del possesso del *rogans* nell'in-

anche su questo punto varie fossero le correnti nella giurisprudenza romana, senza però che si giungesse mai a negare il possesso del precarista, nel caso antico ordinario.

La teoria del doppio possesso trovò una decisa opposizione in Labeone (1), il quale, seguito probabilmente dai Proculiani (2), ottenne anche l'approvazione di Paolo nel fr. 3 § 5 de poss. che abbiamo più volte citato. E per vero partendo dal concetto del possesso come d'una attuale insistenza sulla cosa (3), non si poteva attribuire a due persone *in solidum*, neppure nel caso di un possessore ingiusto e di uno giusto, perchè mentre il primo aveva veramente questa attuale insistenza, l'altro invece non ne aveva che la potenza.

Mentre tali discussioni avevano luogo nella dottrina del possesso interdittale, il precario, così in pratica come in teoria, continuava a svolgersi e a determinarsi.

Una nuova azione, oltre l'interdetto, fu ammessa a favore del concedente per ottenere la restituzione della cosa, cioè una *condictio incerti*.

Con questa il precario veniva ad avere un certo riconoscimento anche nel campo del diritto civile, e la posizione del *rogatus* era sempre più rafforzata; ma tuttavia i rapporti possessorî non ne potevano essere alterati.

La *condictio* infatti si fondava sull'ingiusto arricchimento di colui, che non restituiva la cosa avuta in precario, dopo la revoca del precario stesso (4); ciò non importava alcuna modificazione nello stato delle cose dal momento della concessione a quello della revoca. Come il proprietario non

---

terdetto *de itinere* (a causa dell'*hoc anno usus es*) dopo rotto il precario. Nè sono pochi coloro, che vogliono che in nessuno dei testi citati Ulpiano ammettesse il doppio possesso. La cosa resta sempre dubbia.

(1) Fr. 3, § 5 de a. v. a. poss. 41, 2.

(2) Per es. Celso nel fr. 5, § 15 comm. 13, 6. Tuttavia la massima generale, che qui si legge, non può con sicurezza provare che non vi fosse qualche eccezione; e naturalmente la prova ha relativamente ad Ulpiano anche minor valore che relativamente a Celso.

(3) Fr. 1 pr. de a. v. a. poss. 41, 2; fr. 3, § 5 eod. Nel fr. 6, § 1 eod. le parole *retinet ergo.... abiit* non devono appartenere a Labeone, ma solo ad Ulpiano.

(4) Revoca, che così aveva forza anche senza bisogno di ricorrere al pretore per impetrarne l'interdetto.

cessa di esser tale, sebbene debba poi restituire la cosa ad altri in forza di una *condictio*, così del pari chi è astretto alla restituzione del possesso con una *condictio incerti*, non è perciò impedito di essere possessore nel frattempo (1).

---

(1) È noto che questo punto dell'azione civile concessa al *precario rogatus* presenta qualche difficoltà nelle fonti. Il fr. 2, § 2 de prec. 43, 26 (Ulpianus lib. 72 ad ed.) è così concepito: «..... est enim natura aequum tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego « velim, et ut possim revocare cum mutavero voluntatem, itaque cum quid precario ro- « gatum est, *non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione* « *quae ex bona fide oritur.* » Il fr. 19, § 2 eod. (Julianus, lib. 49 Digest.): « Cum quid « precario rogatum est, *non solum interdicto uti possumus, sed et incerti condictione id est* « *praescriptis verbis.* » Che veramente anche nel diritto antegiustinianeo fosse data una azione civile, ci è confermato da Paulus, *Sent.* V, 6, 10: « Redditur interdicti actio, quae « proponitur ex eo, ut quis quod precarium habet restituat, *nam et civilis actio huius rei* « *sicut commodati competit:* eo vel maxime, quod ex beneficio suo unusquisque iniuriam « pati non debet. » Le questioni, che nascono, sono due: la prima sta nel sapere, come con questi testi si possano conciliare il fr. 14 de prec. 43, 26 (Paulus, lib. 13 ad Sab.): « Interdictum de precariis merito introductum est, *quia nulla eo nomine iuris civilis actio* « *esset:* magis enim ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat « precarii rogatio » e il fr. 14, § 11 de furt 47, 2 (Ulpianus, lib. 29 ad Sab.): « Is qui « precario servum rogaverat subrepto eo potest quaeri an habeat furti actionem. et *cum* « *non est contra eum civilis actio* (quia simile donato precarium est) ideoque et interdictum « necessarium visum est, non habebit furti actionem. plane post interdictum redditum « puto eum etiam culpam praestare et ideo et furti agere posse. » La seconda questione consiste nel determinare la natura dell'azione (o delle azioni) concessa al *rogatus* nei testi citati. Alla prima difficoltà parmi si possa rispondere che il fr. 14 de prec. non è veramente contrario alla esistenza di un'azione civile al momento, in cui Paolo scriveva, ma solo al tempo, in cui l'interdetto fu istituito, il che può ottimamente ammettersi; il testo di Ulpiano poi (fr. 14, § 11 de furt.) è contrario alla esistenza di una *civilis actio* diretta a regolare la responsabità del *rogans* durante il precario, ed una tale azione infatti non esiste, ma non esclude invece la possibilità di un'azione per la restituzione del possesso, che il precarista abbia ancora, quando ha luogo la revoca del precario, che produce gli effetti dell'*interdictum redditum;* tale azione evidentemente non può esercitarsi, se il precarista prima della revoca abbia perduta la cosa, che p. es. gli sia stata rubata. Certo anche così spiegato, il modo di esprimersi di Ulpiano non è molto felice; ma poichè l'esistenza di un'azione civile ci è sicuramente constatata dalle Sentenze di Paolo e da un testo dello stesso Ulpiano nelle Pandette, si deve pure ammettere qualche infelicità di espressione nel fr. 14, § 11 de furt., infelicità dovuta forse ad una reminiscenza di passi di antichi autori (veggasi la coincidenza delle espressioni di Ulpiano in questo testo e di Paolo fr. 14 de prec.). — Più difficile è giungere a un resultato sicuro circa la natura dell'azione civile. Questa è chiamata nel fr. 2, § 2 cit. *incerti condictio id est praescriptis verbis*, nelle sentenze di Paolo non ha nome, ma è paragonata all'azione di commodato. Tutti questi testi sono fortemente sospetti di interpolazione o di alterazione d'altro genere, sebbene tutti e tre in complesso ci diano sicura prova della esistenza di una *civilis actio.* Il passo delle Sentenze di Paolo, che avrebbe potuto fornirci una base più sicura, è evidentemente guasto: Huschke nella sua *Iurisprudentia Anteiustiniana* ha tentato di emendarlo *(Reddito interdicto, actio quanquam proponatur..... tamen et civilis actio.....)*, ma

Ma per quanto si continuasse a mantenere nel diritto il concetto, che il vincolo obbligatorio del precarista verso il concedente consistesse soltanto nella restituzione del possesso, che il precarista avesse al momento della revoca del precario; per quanto si seguitasse a dire che il precario era affine alla donazione; non poteva ormai non prendere maggior forza l'idea, che sostanzialmente il precario era similissimo al commodato o ad una gratuita locazione.

L'affinità col commodato si trova espressamente rilevata in più luoghi (1). Nella vita pratica il precario si usava per lo più in rapporti, nei quali si adoperava anche la locazione: così esso serviva a lasciare presso il debitore, senza pericolo di *usureceptio*, la cosa data in fiducia al creditore (2), ed a ciò si usava anche la locazione (3); esso si applicava nel caso di pegno (4), e così pure la locazione (5); aveva luogo

vanamente, perchè il guasto deve essere stato fatto dai Visigoti stessi, essendoci questo passo conservato solo nel Breviario Alariciano, e quello strano NAM *et civilis actio* è ben conforme al consueto modo usato dai compilatori visigoti nell'abbreviare o alterare i testi classici (confr. Gai epit. I, 2, §§ 1. 2. 3. 4; I, 4, § 9; I, 5, § 2; II, 3, §§ 1, 6; II, 4 § 3, ecc.). Non è dunque ben certo in qual rapporto Paolo ponesse il precario col commodato e le azioni date per quello e per questo. Nel fr. 19, § 2 cit. le parole *id est praescriptis verbis* probabilmente o sono interpolate dai compilatori, o sono una glossa posteriore (v. però in contrario LENEL, *edictum*, p. 123), ma ciò non significa ancora che la parificazione della *condictio incerti* all'*a. praescriptis verbis* sia falsa. Il fr. 2, § 2 cit. sarebbe, secondo il DERNBURG, *Pandekten*, II, p. 238, n. 11 e il GRADENWITZ, *Interpolationen*, p. 109. 128, tutto interpolato; ciò è anche possibile, ma non è ancora sufficientemente dimostrato. — In tanta incertezza però mi pare che ci si debba attenere alla *condictio incerti* del fr. 19, § 2, la quale ha un'apparenza più genuina, e che si possa accettare in conclusione quanto ho scritto sopra nel testo. La stessa l. 2, § 2 con la sua motivazione c'induce a ritenere che l'*actio* ivi menzionata si fondasse sulla ingiusta ritenzione della cosa dopo revocato il precario.

(1) Fr. 1, § 3 de prec. 43, 26 (Ulpianus); fr. 8, § 3 eod. (Ulpianus); PAULUS V. 6, 10.

(2) GAI. II. 60; INTERPR. VISIGOT. ad Paul. V. 6, 7. ISIDORUS *Orig.* V. 25, 17; fr. 22, § 3 de pign. act. 13, 7 interpolato; fr. 16 de O. et A. 44, 7 interpolato; fr. 18 de prec. 43, 26, che doveva riferirsi, secondo l'iscrizione, al precario concesso dal creditore fiduciario. Il fr. 36 de a. v. a., poss. 41, 2 per l'iscrizione dovrebbe riferirsi alla fiducia, ma il contenuto meglio si adatta al pegno: vedi GEIB *Actio fiduciae*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* vol. 8, rom. Abth. p. 114 n. 1 e gli autori ivi citati; GRADENWITZ *Interpolationen* p. 196 nota; LENEL *Palingenesia* col. 354 n. 215.

(3) GAI. II. 60; fr. 22, § 3 de pign. act. 13, 7 cit.

(4) ISIDORUS V. 25, 17 cit.; fr. 6, § 4 de prec. 43, 26; fr. 15, § 2 qui sat. cog. 2, 8; fr. 29 de pign. act. 13, 7; fr. 35, § 1 eod.; fr. 32, § 5 de don. i. v. 24, 1; fr. 36 de a. v. a. poss. 41, 2 citato; fr. 33 § 6 de usurp. 41, 3; fr. 11 de prec. 43, 26; c. 2 de distr. pign. 8, 27 (28).

(5) Fr. 33, § 6 de usurp. 41, 3; fr. 22, § 3 de pign. act. 13, 7; fr. 35, § 1 eod.; fr. 37 eod.; fr. 37 de a. v. a. poss. 41, 2.

per la trasmissione interinale del possesso della cosa al compratore in caso di vendita con *lex commissoria* o *in diem addictio* (1), e anche qui si ritrova accanto ad esso la locazione (2); finalmente non era neppure infrequente il caso, che precario e locazione andassero addirittura insieme congiunti (3).

Perciò in numerosi luoghi noi troviamo menzionati l'uno accanto all'altra il precario e la conduzione (4), sottoposti anche ad alcune regole comuni, come per es. a quella della nullità della *precario rogatio* e della conduzione di cosa propria (5), e a quella della rinnovazione del precario e della conduzione dopo la scadenza (6).

Anche nella formazione del sistema dottrinale fu riconosciuta l'analogia del precario con la conduzione e col commodato: così nelle Istituzioni di Ulpiano si parla della locazione immediatamente dopo il precario (7). E non è nem-

---

(1) Pr. 20 de prec. 43, 26; fr. 13, § 21 de a. e. et v. 19, 1; fr. 38 pr. de damn. inf. 39, 2; fr. 11, § 12 quod vi aut clam 43, 24; c. 3 de pact. i. e. 4, 54.

(2) Fr. 17 (16) de per. et comm. 18, 6; fr. 21 loc. 19, 2; fr. 11, § 12 quod vi aut clam 43, 24.

(3) Fr. 10 de a. v. a. poss. 41, 2 (Pomponius, Ulpianus); fr. 33, § 6 de usurp. 41, 3 (Iulianus); fr. 4 loc. 19, 2 (Pomponius), che forse può anche riferirsi a un caso di precario e conduzione insieme. — Il precario esclude la locazione precedente, e la locazione esclude il precedente precario, se il precario invece che di semplice detenzione (di che torneremo a parlare più oltre) è di possesso: fr. 10 pr. § 2 de poss. citato; fr. 21, § 3 eod. (Iavolenus) fr. 28 eod. (Tertullianus). Quali fossero gli effetti della congiunzione del precario e della conduzione, per quanto si sia detto, non è ancora ben chiaro: dai testi citati risulta evidente ch'essa fu ammessa tardi per opera degli ultimi Sabiniani, come Pomponio e Giuliano.

(4) Vedi p. es. fr. 1, § 11 de itin. 43, 19 (Iulianus, Ulpianus). Molti dei testi citati nelle note precedenti si riferiscono così al precario, come alla conduzione.

(5) Vedi fr. 15 depos. 16, 3 (Iulianus); fr. 40, § 3 de a. v. a poss. 41, 2 (Africanus); fr. 45 de R. I. 50, 17 (Ulpianus). Separatamente pel precario fr. 4, § 3 de prec. 43, 26; per la conduzione c. 20. 23 de loc. 4, 65; fr. 9, § 6 loc. 19, 2.

(6) Lo stesso testo con lieve alterazione si trova per la conduzione nel fr. 14 loc. 19, 2 (Ulp. lib. 71 ad ed., che cita Marcello), e nei fr. 4, § 4, fr. 6 pr. de prec. 43, 26. Il primo di questi testi è probabilmente interpolato; ma ciò non significa che in fatti l'analogia non vi fosse anche nel diritto antegiustinianeo.

(7) Ciò risulta dal frammento viennese I delle Istituzioni di Ulpiano, che incomincia: « .... *i re commodata permittat. Locatum quoque etc.* » Le prime parole sono quelle con cui termina il fr. 1 de prec. 43, 26 (Ulp. lib. 1 Inst.): [*ut*] *i re commodata permittat* — Ordinariamente, negli altri libri, del precario si parlava a proposito dell'interdetto, o della fiducia, del pegno, del possesso ecc. ogni volta che occorreva notare alcuna delle sue pratiche applicazioni; poco dunque se ne può argomentare.

meno improbabile che a tale analogia si debba il fatto che in un testo famoso di Ulpiano (fr. 23 de R. I. 50, 17) il precario è stato annoverato tra i contratti.

Nè ciò basta. Accanto al precario, che ha per effetto il trasferimento del possesso nel precarista, ne sorse un altro, di data certo più recente, limitato all'*esse in possessione* al *morari*, pel quale il precarista era di fronte alla cosa collocato in un rapporto perfettamente simile a quello del conduttore o del commodatario. Di questo nuovo tipo noi non troviamo menzione prima di Giuliano e Pomponio (1), e se guardiamo bene i testi di questi due giureconsulti, possiamo anche ritenere ch'esso sorgesse appunto dall'assimilazione del precario alla conduzione, e nascesse in quella scuola Sabiniana, che già aveva ammesso il possesso del *precario rogatus* accanto a quello del *rogans:* era l'ultimo passo in avanti sulla via della inversione delle parti nel possesso. Le fonti poi ci dimostrano anche che questo nuovo tipo di precario trovò applicazione specialmente nel caso del precario di cosa data in pegno, il qual caso doveva essere in questi tempi forse il più comune fra tutti.

Procedendo nella storia, il primitivo concetto del precario continuò sempre a perdere della sua forza, finchè nelle costituzioni dei più tardi imperatori la frase *precario possidere* fu usata addirittura come equivalente di *possidere alieno nomine*, e possessori precarî furono detti gli stessi coloni e inquilini (2). Il tempo aveva operata una completa trasformazione nei rapporti possessorii del precario.

Nella legislazione giustinianea, dove è riconosciuta anche

(1) Ecco infatti i testi: fr. 33, § 6 de usurp, 41, 3 (Julianus); fr. 10, § 1 de a. v. a. poss. 41, 2 (Pomponius, Ulpianus); fr. 21 de prec. 43, 26 (Venuleius); fr. 2, § 3 eod. («... possidere *aut uti* » — Ulpianus); fr. 6, § 2 eod. (Ulpianus); fr. 38 pr. de damn. inf. 39, 2 (dubbio — Paulus); fr. 35, § 1 de pign. act. 13, 7 (*precario uti,* dubbio — Florentinus); fr. 32, § 5 de don. i. v. 24, 1 (« *in possessionem precariam remansisse,* » dubbio — Ulpianus).

(2) Questo fatto è stato spesso notato, talvolta anche esagerato, ma non ne è stata convenientemente apprezzata l'importanza. I testi, sui quali io mi fondo, sono: c. 2 de praescr. XXX vel XL ann. 7, 39 (Valentinianus et Valens, a. 365), c. 33 de loc. 4, 65 uguale alla c. 10 Unde vi 8, 4 (Zeno, a. 484). Si è voluto, ma con minor ragione, trovare il nuovo significato anche nella c. 3 de pact. int. c. 4, 51, e nella c. 2 de distr. pign. 8, 27 (28), entrambe di Alessandro Severo.

la proprietà revocabile, la cui mancanza in antico aveva dato luogo a parecchie applicazioni del precario, l'importanza del nostro istituto era ancora diminuita. Basta dare una occhiata al titolo del Codice *De precario et de Salviano interdicto* (8, 9) e notare che al precario vi è dedicata una sola legge, per persuadersi di ciò; poichè lo spazio concesso nel Codice ad un istituto è assai migliore indice del valore pratico di questo, che l'ampiezza datagli nelle Pandette, dove tanto maggiore è l'influenza del diritto classico regnante per tradizione nelle scuole giuridiche.

Non deve dunque farci meraviglia se nella compilazione giustinianea, e soprattutto nelle Pandette, si rinvengono l'una accanto all'altra, senza armonia, disposizioni tratte dai vari tempi e da giuristi di scuole diverse. Nella massima parte tutto ciò era lettera morta. L'interdetto aveva già da lungo tempo perduto il suo speciale carattere; tra l'*actio ex interdicto* e l'*actio civilis* non doveva più intercedere pratica differenza e l'azione doveva apparire come contrattuale; troppo raro inoltre era il caso, che il possesso si trasmettesse al precarista.

In ogni modo, per chi studî questa materia con l'intento di determinare il concetto romano del possesso, a me pare che sia molto più importante il notare ed esaminare da vicino il movimento storico della pratica e della teoria, che ho cercato sin qui di delineare, anzichè il tentare di conciliare in modo più o meno sottile e cavilloso testi contradittorii come il fr. 3. § 5 de poss. 41, 2 e il fr. 15. § 4 de prec. 43, 26.

Or qual' è mai il resultato di quell'esame? Non è difficile il vederlo. Il precarista possedeva secondo i romani, perchè e finchè era considerato come stante in un rapporto diretto con la cosa e non già in un continuato rapporto personale col concedente, al quale egli dovesse attribuire quel rapporto con la cosa. Quando il rapporto personale continuato fu nel precario ammesso, come nel commodato, nella conduzione, nel deposito etc., il precarista non fu più considerato come possessore, ma si disse ch' egli prestava il proprio ministerio al concedente, il quale rimaneva vero possessore della cosa. Nessuno negò al precarista l' *ani-*

mus possidendi, quando la cosa poteva dirsi attualmente soggetta alla sua volontà indipendente, quantunque questo attuale stato di cose potesse ad ogni momento cessare, e quantunque la sua volontà non potesse dirsi pari a quella del proprietario; gli fu negato invece, quando la cosa si ebbe a ritenere soggetta attualmente alla volontà del concedente operante per mezzo di quella del precarista.

II.

Questi resultati delle ricerche fatte intorno al possesso del precarista coincidono perfettamente con ciò, che si può desumere dallo studio di altri fatti, che nella teorica del possesso sogliono imbarazzare gli arbitrarî costruttori di concetti.

Così per es. il possesso del sequestratario (1) è stato riconosciuto, perchè egli, dopo ricevuta la cosa e prima della risoluzione della lite tra le parti contendenti, era nella posizione di un depositario senza deponente, e non poteva quindi considerarsi come organo della volontà di un'altra determinata persona; egli era pari, sotto questo aspetto, ad un gestore di negozî prima della ratifica.

Così (è quasi superfluo il notarlo) è stato, senza controversia, nè dubitazione alcuna, ammesso il possesso del creditore pignoratizio, che, vantando un diritto reale, era in rapporto diretto e indipendente con la cosa (2).

---

(1) Fr. 17, § 1 depos. 16, 3 (Florentinus); fr. 39 de a. v. a. poss. 41, 2 (Julianus). Vedi su ciò specialmente J. VOIGT, *Vom Besitz des Sequester*. Freiburg 1885; SCHEURL, *Weitere Beiträge*. II *Zur Lehre vom römischen Besitzrecht* p. 50 seg. Io qui mi astengo dalla controversia, se in ogni caso il sequestratario sia possessore: starei più pel no, che pel sì; ma qui basta notare che il sequestratario possiede, ogni volta che a lui può applicarsi il ragionamento fatto nel testo.

(2) Fr. 1, § 15 de a. v. a. poss. 41, 2; fr. 36 eod.; fr. 37 eod.; fr. 16 de usurp. 41, 3; fr. 35, § 1 de pign. act. 13, 7; fr. 37 eod.; fr. 15, § 2 qui sat. cog. 2, 8. — Il possesso *ad usucapionem* del debitore, che perdura accanto a quello *ad interdicta* del creditore (fr. 16 de usurp. 41, 3; fr. 1, § 15 de a. v. a. poss. 41, 2; fr. 36 eod.; fr. 29 de pign. act. 13, 7) ha per substrato un possesso del diritto di proprietà, diverso da quello della cosa. Per quello

Così può anche convenientemente spiegarsi, nella teorica dell'acquisto del possesso per mezzo di terzi, la differenza tra i casi, nei quali il terzo acquista direttamente il possesso per il rappresentato (1), e quelli, nei quali egli l'acquista per sè e poi deve trasmetterlo al rappresentato (2). Infatti, perchè il rappresentante possa direttamente acquistare il possesso al rappresentato, è necessario ch'egli sia con questo in rapporto tale da attribuire alla volontà di lui la propria posizione rispetto alla cosa (detenzione e amministrazione). Or questa attribuzione non può aver luogo, se il rappresentante non è legato al rappresentato da alcun vincolo, e perciò non può il semplice gestore di negozî *(falsus procurator)* acquistare direttamente il possesso al *dominus negotii* (3). D'altra parte nol può il mandatario, il cui mandato sia limitato alla conclusione del negozio, p. es. di compra-vendita, poichè è necessario che la volontà del mandante sia diretta all'amministrazione della cosa per mezzo del manda-

---

si richiede l'*animus domini*, per questo no. In generale i due possessi coincidono insieme, ma in parecchi casi si trovano distinti; così appunto in tutti i casi dove il possesso *ad interdicta* è separato da quello *ad usucapionem* [pegno, precario, sequestro talora secondo alcuni, enfiteusi secondo alcuni]; e nei casi dove l'usucapione procede senza il possesso della cosa, purchè questa rimanga di fatto nel patrimonio come proprietà pertinente ad esso [eredità giacente, erede prima dell'acquisto del possesso delle singole cose (così si spiegano i testi: fr. 30 pr. ex quib. c. mai. 4. 6; fr. 30, § 5 de a. v. a. poss. 41, 2; fr. 7 pr. pro emt. 41, 4; fr. 31, § 5 de usurp. 41, 3; fr. 23 pr. de a. v. a. poss. 41, 2; fr. 1, § 15 si is q. test. 47, 4; fr. 2, § 1 exp. her, 47, 19)]. I romani non ebbero termini tecnici per distinguere tali due possessi (qualche debole traccia in *usus* e *possessio; possessio civilis*) i quali però nella giurisprudenza più avanzata furono realmente distinti. Nella moderna teoria la confusione si è fatta grandissima e spesso si è scambiato il possesso del diritto di proprietà col possesso della cosa, cadendo in tal modo in gravi errori.

(1) C. 1 de a. et r. poss. 7, 32; c. 8 eod.; fr. 1, § 20 de a. v. a. poss. 41, 2; fr. 13 pr. de a. r. d. 41, 1; fr. 20, § 2 eod.; fr. 42, § 1 eod.; fr. 53 eod.; c. 1 per quas pers. 4, 27; § 5 Inst. per quas pers. 2, 9; PAULUS, V, 2, 2.

(2) Fr. 59 de a. r. d. 41, 1; c. 2 de his qui a non dom. 7, 10; fr. 135, § 2 de V. O. 45, 1; fr. 13, § 2 de usurp. 41, 3; fr. 7, § 2 pro emt. 41, 4; fr. 74 pro soc. 17. 2; fr. 30, § 4 de leg. III; fr. 12 quae in fraud. patr. 38, 5; fr. 3, § 1 qui pot. in pign. 20, 4; fr. 5 pr. de don. i. v. 24, 1; fr. 8, § 10 mand. 17, 1; fr. 3, § 7 de itin. 43, 19 ecc. Si badi che non si tratta solo di non volere acquistare direttamente pel rappresentato (WINDSCHEID, *Pand.* § 155 n. 6, vol. I, p. 509 della 6ª ediz.), ma anche di non potere.

(3) Di contraria opinione è lo SCHLOSSMANN *Der Besitzerwerb durch Dritte*. Leipzig 1881; ma vedi in contrario FADDA *Archivio giuridico* vol. 27 pag. 316 segg.; V. SCIALOJA *Cultura* I num. 10, pag. 428 segg. In quest'ultimo scritto io esposi già i concetti, che qui ripeto relativamente all'acquisto mediante procuratore.

tario. Il mandato deve dunque comprendere tale amministrazione, e questo mandato è appunto quello, che, secondo il linguaggio dei romani, fa acquistare al mandatario la qualità di *procurator (verus):* ora è cosa ben nota che la parola *procurator* si trova appunto usata nei testi, che riconoscono l'acquisto immediato del possesso pel rappresentato (1). Anche qui dunque il rapporto personale di continua dipendenza è quello che fa si che il *procurator* non sia possessore per sè stesso, ma possegga pel mandante.

Concludendo, possiamo constatare questo elemento negativo comune nei vari casi di possesso: il possesso di una persona è escluso dal rapporto personale, pel quale essa attribuisca ad altra persona, per volontà di questa, il rapporto di fatto, in cui si trova con la cosa.

Se lasciamo in disparte l'esame della natura di questo rapporto con la cosa, e ci fermiamo soltanto sul concetto dell'*animus*, che è stato veramente l'oggetto della nostra ricerca fin qui, noi dobbiamo ora domandarci, se l'*animus possidendi* deve riconoscersi, ogni volta che non esista quella causa di esclusione, o se invece deve richiedersi qualche elemento positivo essenziale oltre quello della volontà diretta a stare nel rapporto con la cosa.

Anzitutto dobbiamo ricordare, che è necessaria l'effettiva esistenza della volontà diretta a quel rapporto, nel momento in cui il rapporto ha principio, sicchè restano esclusi dai casi di possesso giuridico i rapporti involontari e quelli costituiti da persone, la volontà delle quali o non esiste in fatto o non è riconosciuta dal diritto (a meno che, in quest'ultimo caso, il possesso non possa attribuirsi ad altri, p. es. al *pater* o al *dominus).*

Ma si dovranno richiedere anche speciali caratteristiche di quella volontà, p. es. l'*animus domini*, o l'animo di pos-

(1) Tale è il vero significato della parola *procurator;* vedi V. SCIALOJA *loc. cit.* Molti si sono affaticati invano a cercare altri significati più o meno astrusi. La qualifica di *procurator* implica *amministrazione,* e non già semplice mandato alla conclusione di un negozio. In senso lato *procurator* comprende anche il gestore d'affari; in senso stretto no; e il *procurator* con mandato è detto *verus procurator,* il gestore d'affari *falsus procurator.*

sedere come chi ha un diritto reale anche diverso dal dominio, o di possedere nel proprio interesse? All'*animus domini* si oppongono tutti i casi del possesso, che mal si dice derivato; all'animo dell'avente un diritto reale si oppongono i casi del sequestratario e del precarista (1); all'animo di possedere la cosa nel proprio interesse si oppongono i casi del sequestratario e del gestore d'affari, a meno che si voglia trovare tale animo nella volontà di adempiere il proprio dovere o l'amichevole ufficio verso l'assente, in modo da ridurre al nulla il significato dell'interesse proprio.

Invece tutti questi casi si riuniscono facilmente nel concetto semplice della volontà di stare in rapporto diretto con la cosa; e d'altra parte i casi di semplice detenzione restano esclusi o dal requisito della volontà, o da quello del non dover essere la volontà stessa, in forza di un rapporto personale, diretta a prestare il proprio ministerio all'altrui volontà.

Non senza ragione dunque la giurispudenza romana non designò mai l'animo necessario per possedere altrimenti che con le parole *affectus* o *animus possidendi* (2); il concetto che esse debbono esprimere è semplice e irriducibile; si può tradurre soltanto con « animo di stare in diretto indipendente rapporto con la cosa, » e si può determinare solo negativamente, dichiarando che a tale animo si contrappone quello di stare in un rapporto diretto con una persona, alla quale il rapporto con la cosa si attribuisca.

VITTORIO SCIALOJA.

---

(1) Al precarista si è voluto riconoscere un diritto reale (BEKKER *Recht des Besitzes* p. 175 segg.), ma questo diritto non è poi altro che il possesso stesso.

(2) In questo senso anche MANDRY *Zur Lehre vom Besitzeswillen* nell'*Archiv für die civilistische Praxis* vol. 63 p. 1 segg.

SUL POSSESSO DI PARTI DI COSA

Note esegetiche di Silvio Perozzi

Nel seguente scritto io intendo soltanto di esaminare alcuni frammenti d'importanza capitale per la questione, se, in quali limiti e con quali conseguenze i giuristi romani ammettevano, che il possessore di una cosa composta fosse contemporaneamente possessore delle sue parti. Fui condotto a por mano a questo studio dal notare, come le interpretazioni contenute nei trattati generali di Pandette o nelle monografie sull'argomento indicato risentono troppo spesso dello sforzo fatto dagli scrittori, per piegare le fonti alla loro teoria. Ciò infatti mi persuade a provare, se procedendo all'interpretazione senza preconcetti teorici, non sia possibile una dimostrazione tale del vero senso di ogni singolo frammento, che possa servire di fondamento a un'opinione comune, la quale non si è ancora formata per nessuno dei nostri testi. Il lettore non troverà quindi nelle pagine seguenti alcuna discussione teorica. Questa verrà forse in uno scritto posteriore. Per ora mi tengo all'esegesi, la modesta vincitrice delle battaglie, che si combattono nel campo dei nostri studi.

I.

L. 30. pr. D. a. p. 41. 2. *Paulus, libro decimo quinto ad Sabinum* Qui universas aedes possedit, singulas res, quae in

aedificio sunt, non videtur possedisse. Idem dici debet et de nave et de armario.

Questo passo si presta ad una duplice interpretazione a seconda del senso, che si dà alle parole « quae in aedificio sunt. » V'ha infatti chi dice, ch'esse significano: « le cose che sono contenute nell'edifizio » e v'ha invece chi dice ch'esse significano: « le cose, che formano parte dell' edificio ». I primi vogliono quindi trovar espresso nel testo il principio, che il possessore del contenente non è perciò possessore del contenuto (1); gli altri vi trovano espresso il principio, che chi possiede il tutto non possiede le parti, che lo compongono (2). Tutta la questione intorno a questo passo si è ridotta storicamente e si ridurrà anche per noi a vedere, quale di queste due traduzioni o interpretazioni va preferita. E veramente appare chiaro, che nè è possibile altra traduzione da quelle due, nè, accettata l'una o l'altra di queste, è possibile ammettere una interpretazione del passo diversa dalle riferite. Vedremo in seguito, che il tentativo di una terza interpretazione, fatto dal Windscheid, non è neppure discutibile.

In sè e per sè la frase « quae in aedificio sunt » si può tradurre e nell'uno e nell'altro dei modi suaccennati. Quelle parole esprimono senza dubbio l'idea, che le cose sono contenute nell'edificio; ma appunto perciò esse si possono riferire tanto alle cose contenute nell'edificio senza farne parte, quanto a quelle, che ne fan parte. Anche di queste infatti si può dire, che sono contenute nell'edificio. La ragione si è, che l'edificio rispetto alle sue parti viene idealmente concepito da tutti come un contenente rispetto al contenuto. Lo dimostra il modo comune di parlare delle parti di un edificio. Di vero non si dice normalmente di esse, che for-

---

(1) È l'interpretazione sostenuta dal Savigny, *Besitz*, § 13. — Rudorff *Anhang* n. 67. — Randa, *Besitz* p. 338 n. 23. — Ruggieri, *Il possesso* I, p. 142. — Meischeider, *Besitz* p. 109. Pflüger, *Ueber Besitz und Ersitzung von Theilen einer Sache* p. 49

(2) È questa l'interpretazione accolta dalla glossa e dalla maggior parte degli scrittori antichi e recenti. Anche gli interpreti greci intesero la nostra legge così v. bas. l. 2· 28. Heimbach, V. 51.

mano parte o sono parte dell'edificio, ma si dice, che questo le ha, le possiede, che sono in esso. Così usa dire, che in un palazzo v'ha una bella scala, che un palazzo ha i muri solidi, o un bel cornicione, che possiede una bella porta ecc. Per il fatto della riunione l' intero viene così idealizzato e distinto dalle parti, ch'esso appare veramente come qualche cosa d'indipendente da esse; sono le parti, che esistono a così dire in esso, non esso che esiste per opera delle parti. Del resto notava giustamente il Vangerow (1), che la frase « in aedificio esse » viene usata nella l. 21, pr. D. de usurp. 41, 3. per le cose, di cui ci è detto esplicitamente, che sono parti dell'edificio. Considerando adunque le parole « quae in aedificio sunt » in sè, noi non siamo autorizzati a tradurle piuttosto in uno che in altro modo.

La questione è invece, a mio avviso, decisa, guardando al genere di cose, di cui parla Paolo. Esse sono: l'edificio, la nave, l'armadio. Queste cose hanno per verità una duplice qualità: di lor natura sono cose composte e sono per di più cose capaci, atte cioè a contenerne delle altre. È facile però provare che esse sono nominate come esempi di cosa composta e non di cosa contenente. L'edificio, la nave, l'armadio, sono infatti le stesse cose, che Pomponio cita come esempi tipici di cosa composta nella l. 30 § 1. D. de usurp. 41, 3, che contiene la tripartizione teorica delle cose. Questa legge dovea essere nota senza dubbio a Paolo, scrittore posteriore a Pomponio e famoso compilatore. Codeste tre cose erano già prima di Pomponio nominate come esempi di cosa composta dai filosofi stoici. Paolo inoltre ne parla nello stesso ordine, con cui sono nominate da Pomponio nella detta legge. Per di più egli, scrivendo, dopo aver parlato dell'edificio: « idem dici debet et de nave et de armario » dà a divedere che, colla menzione dell'edificio, non gli parea di aver espresso in tutta la sua generalità il principio, che volea dire; solo colla menzione delle altre due cose il campo d'applicazione del suo principio è perfettamente definito. Ciò vuol dire che egli cita quei tre esempi come esempi

(1) *Pand.* I. § 201 n. 2, p. 370.

tipici di una data categoria di cose, alle quali il suo principio va applicato. Ma codeste cose non sono che esempi tipici di cosa composta e non di cosa contenente. Tutto questo rende inevitabile la conclusione, che egli nomina codeste cose come esempi tipici, notori di cosa composta. Ma se così è, come non v'ha dubbio, noi dobbiamo concludere anche, che nel nostro testo dev'essere espressa una regola, la quale vale per tutte le cose composte, la quale vale solo per queste, una regola, che decide una questione a cui dava origine questa qualità particolare della cosa posseduta, cioè l'essere una cosa composta. Ora delle due questioni: « se il possessore del contenente possegga perciò anche il contenuto » o « se il possessore dell'intero composto ne possegga anche le parti » solo quest'ultima sorge dalla natura speciale della cosa posseduta, come cosa composta, e va decisa con riguardo a questa natura. La prima questione invece è del tutto indipendente dalla qualità del contenente. Che il contenente sia una cosa composta, come una cassa, o una cosa semplice, come un'anfora, un blocco di marmo scavato ecc., è indifferente; la risoluzione della questione, se col contenente si possegga il contenuto non dipende per nulla dalla qualità del contenente, ma solo dalla scienza, dalla volontà del possessore e dal concetto, che ci facciamo di corpus del possesso. Paolo dunque non può aver avuto in animo di decidere che la prima questione; e perciò la frase: « quae in aedificio sunt » non può significare, se non le cose « che compongono l'edificio » e tutto il passo può significar solo: il possessore di una cosa composta non ne possiede le parti componenti. Chi sostiene l'altra traduzione della frase in discorso non spiegherà mai, perchè Paolo, se volea dire che chi possiede il contenente non possiede il contenuto, va a scegliere quegli esempi di contenente, quando erano già divenuti esempi tipici di cosa composta. Se, per sfuggire a questa obbiezione, si dicesse che Paolo vuol parlar solo di contenente composto, allora si verrebbe ad attribuire a Paolo il grave errore di presentare come proprio, particolare ai contenenti composti un principio, che, se va am-

messo per questi, va pure ammesso per ogni genere di cose contenenti anche semplici.

Quello ora svolto è per me l'argomento principale, per interpretare il passo così come fo e come fecero del resto tanti romanisti dai glossatori in poi. Un altro argomento secondario, ma pure importante, a sostegno di questa interpretazione è l'antitesi fra « universas aedes » e « singulas res. » Non ci vuol molto infatti a dimostrare, che « universae aedes » significa letteralmente il complesso dell'edificio, in opposizione a « singulae res, » che significa le parti dell'edificio. Di vero i due aggettivi « universus » e « singulus » esprimono in generale l'antitesi tra il tutto e la parte. Noi infatti troviamo opposti tra loro questi stessi termini nei testi, nei quali non v'ha dubbio che si oppone al tutto, cioè la casa, le sue parti. Nella l. 23, pr. D. de usurp. 41, 3, incontriamo detto da un lato « separatis corporibus » — « singulae res » — « cum aedes ex duabus rebus constant, ex solo et superficie; » e dall'altro, per antitesi, si dice due volte « universitas aedium. » Nella l. 7, § 11, D. a. r. d. 41, 1, si oppone all' « universitas aedificii » le « singulae res, ex quibus constabat. » Le stesse parole « universus, universitas » e « singulus » per esprimere l'antitesi tra il tutto e la parte, si trovano in molti altri testi, che non trattano il nostro caso. Cito alcuni degli esempi raccolti dall'Heumann sotto la voce singulus: « singulae partes » in opposizione a « tota res » (l. 11, § 2, D. 2, 1); « singulae partes fundi » in opposizione ad « universitas fundi » (l. 2, § 6, D. 41, 4); « singularum rerum petitio » in opposizione ad « actio de universitate » (l. 1, pr. D. 6, 1), ecc. Del resto anche senza la contrapposizione della parola « universus, » basta la sola voce « singulus » a indicare la parte, se è nominato un intero. Così troviamo detto dallo stesso Paolo nella l. 21, § 7, D. de rei vind. 6, 1, « singula caementa » per contrasto a « domus » e nella l. 36, D. de evict. 21, 2, a questa antitesi troviamo unita quella delle singole tavole rispetto alla nave: « nave vel domu empta singula caementa vel tabulae empta non intelleguntur. » Viceversa, anche senza la contrapposizione della parola « singulus, » basta la voce « universus » ad indicare

il complesso, se è nominata la parte. Così nella l. 8, D. 42, 24, si dice: « ceterum per se tegulae non possidentur sed cum universitate aedificii. » Di fronte a questi fatti non è più possibile un dubbio sul significato dell'antitesi tra « universas aedes » e « singulas res » nel nostro testo. Paolo oppone con queste parole certamente il possesso dell'intero a quello delle parti.

Per infirmare questi risultati bisognerebbe trovare almeno alcuni esempi in cui la voce « universus » o « singulus » o entrambe si usassero ad esprimere l'antitesi tra un contenente e le cose singole contenute. Ma nessuno degli scrittori, che sostengono avere le due voci nel nostro testo quest'ultimo senso, furono in grado di citarne un solo. Invece di far questo si cercò qualche obbiezione contro il significato d'intero, per opposizione alla parte, dato ad « universas aedes. » Primo, ch'io sappia, a richiamare l'attenzione su codesto significato fu il Lenz (1). Ma il Lenz errò, sostenendo che l'antitesi ad « universas aedes » è costituita dalle parole « quae in aedificio sunt. » Onde il Rudorff notò a ragione, che l'antitesi è costituita invece dalla frase « singulas res. » Ho già detto come questa seconda antitesi giovi, anzi che nuocere, all'interpretazione sostenuta. Il Rudorff però dice che, quando con queste ultime parole si vuole indicare le parti integranti di una cosa, si nominano queste parti o vi si aggiunge le parole « ex quibus constant » come nella l. 36, D. de evict., 21, 2; l. 7, § 11, D. a. r. d. 41, 1. (2) L'obbiezione manca però della base di fatto. Invero nella l. 36, D. 21, 2 sovracitata l'antitesi a « domus » e « navis, » non è tanto espressa coi nomi delle parti « caementa » e « tabulae » quanto coll'aggettivo « singula » preposto ad entrambi. È falso anche che, se non si nominano le parti, ma si dice in generale « singulae res, » si aggiunga sempre « ex quibus constant. » Nella l. 7, § 11, D. 41, 1, è detto veramente « singulae res ex quibus constant. » Ma nella l. 23, pr. D. 41, 3 la frase « ex quibus constant » c'è in un punto

(1) *Besitz*, p. 143.

(2) *Anhang*, n. 67. L'obbiezione è stata recentemente ripetuta dal Pflüger o. c. p. 49

e manca in un altro. Infatti vi si dice: « eum qui aedes mercatus est, non puto aliud quam ipsas aedes possidere; nam si singulas res possidere intellegetur, ipsas non possidebit: separatis enim corporibus, ex quibus aedes constant, universitas aedium intelligi non poterit. » Il che dimostra che la frase « ex quibus constant » può usarsi od omettersi a piacimento, purchè il rapporto delle parti al tutto sia espresso ugualmente. Ora, si veda, in questo passo manca « ex quibus constant » dopo singulae res » ed invece c' è dopo « separatis corporibus. » Ciò prova che il rapporto della parte al tutto era già espresso colla frase « singulae res » in opposizione ad « aedes; » e tanto più quindi è espresso nel nostro passo, ove a « singulae res » si contrappone « universas aedes. » Le obbiezioni del Rudorff non hanno dunque alcun valore.

La terza interpretazione del nostro passo data dal Windscheid, a cui ho prima accennato, sarebbe la seguente: colui, che ha acquistato il possesso della casa come *universitas*, non ha acquistato il possesso dei singoli materiali. Per sostenere questa interpretazione il Windscheid dovette però sostenere che « possedit » è perfetto di « possidĕre » invece che di « possidēre, » e che possidĕre ha il senso di « acquistare il possesso. » Il male si è che codesto verbo « possidĕre » non si trova mai usato altrove nelle nostre fonti, che è impossibile poter pensare, scegliesse Paolo un verbo così poco usato, per esprimere l'idea di acquistare il possesso e che lo adoperasse per giunta in tempi, che hanno la stessa forma degli uguali tempi del verbo « possidēre. » Noi dobbiamo perciò respingere questa interpretazione, la quale, ch' io sappia, non trovò neppure un fautore (1).

II.

L. 23. pr. D. de usurp. et usuc. 41. 3. Iavolenus libro nono epistularum Eum, qui aedes mercatus est, non puto

(1) V. Windscheid, *Über den Besitz an Theilen, etc.* nei *Sell s Jahrb.*, I, p. 451. Contro il Windscheid cons. Pape, Lindes Zeitschr. N. F. IV. p. 231 segg.

aliud quam ipsas aedes possidere: nam si singulas res possidere intellegetur, ipsas non possidebit: separatis enim corporibus, ex quibus aedes constant, universitas aedium intellegi non poterit. accedit eo, quod, si quis singulas res possidere dixerit, necesse erit dicat possessione superficiei tempori de mobilibus statuto locum esse, solum se capturum esse ampliori: quod absurdum et minime iuri civili conveniens est, ut una res diversis temporibus capiatur, ut puta cum aedes ex duabus rebus constant, ex solo et superficie, et universitas earum possessionem temporis immobilium rerum omnium mutet. — § 2. Si autem demolita domus est, ex integro res mobiles possidendae sunt, ut tempore, quod in usucapione rerum mobilium constitutum est, usucapiantur. et non potes recte uti eo tempore, quo in aedificio fuerunt: nam quemadmodum eas solas et separatas ab aedificio non possedisti, sic nec penes te singulae aut separatae fuerunt et cohaerentibus his in aedificio, depositis aedibus, quae hoc quoque ipsum continent. neque enim recipi potest, ut eadem res et ut res soli et tamquam mobilis sit possessa.

Malgrado la corruzione evidente qua e là del testo, parmi non dubbio, che qui Giavoleno esprime rispetto all'edificio lo stesso pensiero, che Paolo nella legge precedente esprime rispetto ad ogni cosa composta. La discussione, che fa qui Giavoleno, è tutta teoretica. La sentenza ha il carattere, anzi che di responso, di trattazione e decisione di un argomento scientifico, fatta forse in occasione di un caso pratico, ma che eccede i confini di questo. Per verità v' ha chi afferma invece, che Giavoleno studia solo un caso pratico. Così il Meischeider scrive: « il caso deciso anzitutto nel passo è il seguente: alcuno compera una casa da chi non ne è proprietario e ne prende possesso. Scorso il tempo stabilito per l'usucapione dei mobili, ma prima che sia scorso quello stabilito per l'usucapione degli immobili, il proprietario domanda, che il compratore gli renda la casa. Il possessore ritiene di aver acquistato almeno la superficie, perchè composta di cose mobili. Egli vuol dunque distrug-

gere la casa e restituire al proprietario solo l'area. Il giurista dà torto al compratore » (1). Basta leggere il testo, per capire che codesto ragionamento e pretesa del compratore non sono esistiti che nella fantasia del Meischeider. Come potea Giavoleno scrivere: « si quis, » se questo « quis » era il compratore? come: « si dixerit » se ciò era stato detto? come sopratutto « necesse erit dicat, » se questa conseguenza era stata tratta? È chiaro dunque, che con queste parole Giavoleno espone un suo argomento ab absurdo, che non era stato fatto da alcuno. Anche nel resto del passo si notano cose, che confermano la mia asserzione. Se era il compratore colui, contro il quale era stata evitta la colonna (§ 1), se era questi, che volea demolire la casa, Giavoleno, che avea cominciato scrivendo: « eum qui aedes mercatus est » etc.; non sarebbe passato a supporre, che fosse colui, al quale scrive, il possessore della casa, sottoposto all'evizione della colonna e che toccasse a questi di posseder di nuovo i materiali, a casa demolita. Eppure egli dice: « si autem columna evicta fuerit puto te » etc: « et non potes recte uti eo tempore » etc. Il discorso è sempre in seconda persona: il compratore è lasciato del tutto da banda. Era necessario stabilire questo, perchè, decidendo un caso pratico, i giureconsulti di regola non guardano alla comprensione e al valore teorico generale della loro decisione, onde è pericoloso fondar senz'altro su di una decisione pratica una teoria. Noi possiamo far invece sicuramente questo quando siamo sicuri che il giureconsulto si pose il quesito teorico, che ci poniamo noi, e ne misurò tutta la portata. Questo è il caso del nostro passo.

La questione postasi da Giavoleno è infatti per me quella stessa di Paolo: se coll'intero si possiede le parti. Il silenzio sulla « navis » e l' « armarium » non toglie al passo il suo significato generale. Invero prima Giavoleno afferma il principio: « qui aedes mercatus est non puto aliud quam ipsas aedes possidere. » Poi espone la ragione teorica astratta di questo principio: « nam si singulas res possidere intellegetur ipsas non possidebit: separatis enim corporibus, ex quibus

(1) O. c. p. 112.

aedes constant, universitas aedium intellegi non poterit. » Il gran valore di queste parole sta in ciò, che Giavoleno si richiama ad una impossibilità logica, intellettuale, di concepire il possesso delle parti e insieme di concepir quello dell'intero. « Si intellegetur » — « intellegi non poterit » non significa qui evidentemente: « se si ammettesse » — « non si potrà ammettere » ma bensì « se si concepisse » — « non si può concepire »; la parola « intellegere » ha il suo significato genuino di capire, pensare, concepire; non l'altro, pur usato, di: ammettere una cosa in forza di una disposizione di diritto. Codesta logica impossibilità deriva ora, secondo Giavoleno, da ciò che altra cosa sono le parti ed altra il tutto: questo è una sintesi di quelle; onde come in natura non è possibile sciogliere una casa nelle sue parti e avere ancora una casa, così non è possibile sciogliere nel pensiero i corpi componenti la casa e concepir contemporaneamente la casa. E siccome, per possedere, occorre che ci rappresentiamo nella mente una cosa, chi dice di possedere il tutto si rappresenterà il tutto e non le parti, chi dice di possedere le parti si rappresenterà queste e non il tutto. Così un possesso esclude l'altro: tutti e due sono insieme impossibili, perchè è impossibile una contemporanea analisi di una cosa e una sintesi dei suoi elementi nel fatto, una contemporanea analisi di una idea e una sintesi dei suoi elementi nel pensiero. Essendo poi naturale, che un edificio si pensi e si possieda come « universitas », così, dice Giavoleno, il possessore dell'edificio non possiederà altro oltre a questo. Tale il ragionamento del nostro giureconsulto.

È chiaro ora che un tale discorso, che move dalla considerazione della natura di una cosa composta e dall'impossibilità di concepire insieme il tutto e le parti, non può essere limitato al solo caso dell'edificio. Per ogni cosa composta mobile o immobile, si può fare lo stesso ragionamento e venir quindi alla stessa conclusione. E così pure il discorso di Giavoleno vale per ogni forma di possesso, non solo per quello ad usucapionem, ma anche ad interdicta. Che in realtà Giavoleno abbia tratto le dovute conseguenze dal suo principio pel possesso ad interdicta, mi pare provato dalla

felice restaurazione dell'ultima parte del nostro passo fatta dal Lenel (1). Secondo questa restaurazione, che io accetto, il giureconsulto direbbe, che neppure per l'utrubi si potea giovarsi del tempo, in cui le cose erano state unite nell'edificio, sempre perchè non si può considerare come singole e separate le cose unite in un edificio; onde, come non si può dir che si siano possedute sole e separate, così non si può dire, che siano state presso di noi singole e separate. La qual sentenza acquista un'importanza tanto maggiore, quando si pensa, che la formula dell'interdetto utrubi: « utrubi.... fuit » dovea condur lo scrittore a non applicare rigorosamente il suo principio, perchè essa contiene come requisito piuttosto un fatto, che un atto del possessore, cioè il trovarsi la cosa presso di lui, anzi che l'esser posseduta da lui. L'aver Giavoleno tuttavia concluso in tal forma prova quanto fosse chiaro nella sua mente il pensiero e forte la convinzione, che la rappresentazione intellettuale dell'intero, esclude quella delle parti, come cose singole, e viceversa. Noi abbiamo dunque, per concludere, in questa parte del passo la spiegazione giuridica del principio, che Paolo si limita ad asserire.

Importa poco ora, che il ragionamento di Giavoleno sia buono o, come ad es. ritiene il Bechmann, cattivo (2). Il fatto sta, che a Giavoleno parve buono, che con esso egli credesse di aver giustificato il principio, che chi possiede la casa non possiede le parti; e che, se gli parve buono per la casa, non potea non parergli buono per ogni altra cosa composta. Onde, tutt'altro che veder nella sentenza di Giavoleno una giustificazione di una massima di diritto, già accolta dalla giurisprudenza, ma limitatamente agli edifici, come vuole il Bechmann, abbiamo ragione di vedere in essa una giustificazione di una massima generale per ogni cosa

(1) *Zeitschr. der Sav. St. VIII.* p. 198 segg. Il Lenel propone di leggere così: « et, si interdicto utrubi agetur, non potes recte uti eo tempore, quo in aedificio fuerunt: nam qaemadmodum eas solas et separatas ab aedificio non possedisti, sic nec penes te singulae aut separatae fuerunt. » La correzione, ch'egli propone, delle parole immediatamente successive: « et cohaerentibus.... continent » è troppo arbitraria.

(2) *Accessionslehre* p. 61. n. 4. — La stessa idea manifesta Unterholzner, *Verjährungslehre* I. p. 154 n. 163.

composta. Tanto più che non c' è alcun indizio per dire, che fosse già massima stabilita al tempo di Giavoleno, che le parti di un edificio non si possiedono. Noi vedremo benissimo più innanzi che Labeone professava questa idea; ma, se al tempo di Giavoleno l'idea di Labeone fosse già divenuta ius receptum, Giavoleno non avrebbe scritto « puto » ma « certum est, non est dubium etc.; » nè probabilmente avrebbe fatto un così lungo discorso, per giustificar la massima stessa. Da ultimo è vero che i giureconsulti classici talora si sforzano di dare una base ragionata ad antichi principi arbitrari di diritto; ma non mi pare, che, quando fanno questo, essi diano una base razionale più larga, a così dire, del principio stesso. Così ad es. quando Paolo giustifica l'antico principio, che si acquisti dal dominus il possesso delle cose, che entrano nel peculio, anche a sua insaputa, dicendo: « quia nostra voluntate intelligantur possidere qui eis (sc. servo aut filio) peculium habere permiserimus » è evidente bensì che ci troviamo innanzi a una giustificazione razionale di un principio antico, ma la giustificazione non si estende oltre al caso del peculio. Diverso sarebbe il caso del nostro testo. Quì la giustificazione eccede evidentemente il principio. Perciò noi dobbiamo concludere, che Giavoleno non mirava a giustificare un principio antico: ma bensì ad esprimere un' idea di valore assoluto, capace di ulteriori conseguenze, le quali furono, noi l'abbiamo visto. effettivamente tratte da Paolo nella legge sovra citata.

Non è neppur vero che le parole « accedit ..... mutet » dimostrino, che il principio di Giavoleno è limitato agli immobili e ha la sua ragione particolare nell' immobilizzazione di ciò che si unisce. (1) Di vero in quelle parole si ha bensì una dimostrazione delle cattive conseguenze di diritto, a cui si verrebbe, ammettendo per gli immobili il principio contrario a quello esposto dal giureconsulto. Ma questi è perfettamente conscio del passare che fa da una ragione teorica assoluta ad esporre le cattive conseguenze, di fronte al diritto stabilito, che deriverebbero dall'ammettere

---

(1) Meischeider o. c. § 19 pag. 112.

per quel caso un principio opposto al suo. Lo dimostra ad evidenza la frase: « accedit eo. » Egli dunque non mette innanzi codeste cattive conseguenze, che come un'aggiunta al suo argomento principale, aggiunta, che vale solo per il caso d'unione a immobili, e che, appunto perchè aggiunta, non toglie nulla al significato, al valore e allo scopo generale dell'argomento principale, il quale vale per ogni caso di unione simile a quello che si ha in un edificio. Anche nell'ultima parte del passo, secondo la correzione del Lenel, abbiamo lo stesso processo logico. Infatti l'autore prima parla dell'impossibilità che si trovi presso noi il tutto e insieme che si trovino presso noi separatamente le parti, richiamandosi al fatto assoluto che due possessi contemporanei del tutto e delle parti non ci sono. Solo infine espone l'impossibilità di ammettere che si possieda una stessa cosa come mobile e come immobile.

Nel § 2 il giureconsulto afferma, che, disciolto l'edificio, « ex integro res mobiles possidendae sunt » se si vuole usucapirle nel tempo stabilito pei mobili. Ora « possidere » vuol dire, ch'io sappia, « possedere » e non « usucapire. » Perciò quella frase vuol dire che deve cominciare ora un possesso nuovo delle cose mobili, e non già, come fu asserito (1) « vanno usucapite di nuovo come cose mobili. » L'interpretazione conforme al senso letterale di possedere è confermata dalla considerazione delle parole, che precedono e seguono quella frase. Prima lo scrittore dice: « ipsas (sc. singulas res) non possidebit, » poi: « eas solas et separatas ab aedificio non possedisti » che cosa altro può dunque significar quella frase, se non: deve ora cominciare un possesso che prima non avevi? Stabilito questo, sorge la domanda: Giavoleno dice, che è necessario usucapir le cose, se non si era già usucapito lo edificio o dice che bisogna usucapirle, anche se l'edificio era usucapito? La risposta non può essere dubbia. Egli dice infatti che bisogna usucapire, perchè nell'intero non si è posseduta la parte. Dunque egli ammette la necessità della usucapione solo quando il possessore dell'edificio allega per

(1) Meischeider o. c. p. 113 n. 1.

titolo di proprietà dei materiali un modo d'acquisto, che presuppone il loro possesso nell'edificio, possesso che per Giavoleno non esiste. Se invece il possessore dice di avere acquistato i materiali per un modo d'acquisto, che non presuppone il possesso dei materiali nell'edificio, allora resterà a vedere se quel titolo è valido o no e perchè sì, o perchè no, ma certo la necessità di usucapire, « in quanto deriva dal principio che nell'intero non si possiede la parte, » viene meno; per questo caso dunque egli codesta necessità non la asserisce. Ora colui il quale dice di aver acquistato per usucapione la proprietà dei materiali prima di aver usucapito l'edificio, costui veramente si fonda sopra un titolo, che presuppone il possesso particolare dei materiali nell'edificio; per costui dunque la necessità di usucapirli ad edificio sciolto, esiste ed esiste in forza del principio affermato da Giavoleno. Niun dubbio adunque che Giavoleno riconosce la necessità, che costui possieda ex integro i materiali e li usucapisca. Ma se invece alcuno dice di aver acquistato i materiali, perchè usucapì l'edificio, costui non asserisce di aver posseduto i materiali nell'edificio e di esserne divenuto proprietario perchè li possedette; costui dice invece che possedette soltanto l'edificio, ma che essendo diventato proprietario di questo, diventò proprietario anche della parte, senza averla posseduta. La necessità di usucapire i materiali per lui non è dunque provata dal principio di Giavoleno; la ragione che questi dà della necessità di usucapire per lui non vale; anzi la sua asserzione si accorda col principio stesso affermato dal giureconsulto; se il suo titolo sarà invalido non sarà mai tale per la ragione che nell'intero non possedette le parti, ma per altri motivi. Dunque Giavoleno dicendo che è necessario usucapire, perchè nell'intero non si possedette la parte, non può aver pensato a costui, che allega un titolo, che non presuppone affatto il possesso della parte. Ecco perch' io diceva che la risposta alla domanda riferita non può esser dubbia: la necessità di usucapire affermata dal giureconsulto è affermata solo per i casi in cui il principio, ch' egli sostiene la giustifica. Questo principio la giustifica, se l'edificio non era usucapito; non la giustifica affatto se l'edificio era già usu-

capìto e dunque possiamo concludere che il giureconsulto per questo caso non la affermò.

Si deve dire che non la affermò anche perchè, se si trova espressa nel testo la necessità di usucapire i materiali nel caso di usucapione compiuta dell'edificio, non c' è ragione alcuna per non trovarci espressa la stessa necessità anche per altri casi. Infatti tosto che si scinde l'affermazione fatta da Giavoleno della necessità d'usucapire dal motivo, che egli stesso ne dà, per estenderla ad un caso in cui il motivo stesso non la giustifica, quell'affermazione diventa illimitata e deve valer perciò sempre. Onde ad es., se io avrò fabbricato su suolo di Caio con materiali di Tizio e, durando l'edificio, avrò ereditato da Tizio i materiali, o mi saranno stati legati con un legatum per vindicationem, si dovrebbe dire che io non ho acquistato la proprietà dei materiali, e che sciolto l'edificio, io li devo perciò usucapire. Ancora: se i materiali da me uniti nel suolo altrui erano in proprietà comune mia e di altri e nel giudizio divisorio sono stati aggiudicati a me, si dovrebbe dire che, sciolto l'edificio, li devo usucapire. Ma chi può mai pensare che in diritto romano valessero questi principî? Non c' è dubbio che, se si ritiene che « nec... is qui materiae dominus fuit desiit eius dominus esse », si deve ammettere in tali casi acquistata la proprietà immediatamente; se si ritiene il principio contrario, si deve ammetterne acquistata la proprietà appena sciolto l'edificio. Si deve, dico, ammetterlo per logica giuridica e perchè il principio di Giavoleno relativo al possesso non vieta questo acquisto: in quei casi infatti di eredità, di legato, di aggiudicazione la proprietà passa senza il possesso dei materiali; questo non è un requisito dell'acquisto e appunto perchè non è tale, perchè non si esige quel fatto, che Giavoleno dichiara impossibile, cioè il possesso nell'edificio, l'acquisto della proprietà, o già durando o certo sciolto l'edificio, si verificherà ipso iure in base ai principî generali, senza bisogno dell'usucapione. Ma anche l'acquisto della proprietà dei materiali per usucapione dell'edificio è un modo d'acquisto della stessa natura degli altri riportati: anch'esso non presuppone il possesso dei materiali nell'edificio; dunque chi legge espressa nel testo la necessità

di usucapire in questo caso dovrebbe trovarla espressa anche negli altri; se non la si trova espressa per questi, non si deve trovarla neppure per quello.

Ma, si dice, l'usucapione dell'intero non produceva acquisto delle parti per effetto della legge de tigno iuncto, la quale invece non osta al loro acquisto negli altri casi; e quindi Giavoleno affermò la necessità di usucapire sempre, tanto se l'edificio si scioglie prima, che dopo usucapito, solo per riguardo a questa legge.

Con altre parole si argomenta così: se l'edificio era di uno e i materiali di un altro, usucapito l'edificio contro ad uno, non poteano essere usucapiti i materiali contro l'altro, perchè questi non potea in forza della legge de tigno iuncto rivendicarli durante l'unione. Diverso sarebbe il caso se edificio e materiali fossero stati di una sola persona, perchè allora, contro di questa, l'usucapione dell'edificio importava acquisto della proprietà dei materiali. Giavoleno sentenzia per quel primo caso e pel motivo surriferito (1). Rispondo: Dov'è che Giavoleno nomina codesta legge, dov'è che accenna al caso, in cui l'edificio fosse fatto sul suolo altrui con materiali di un terzo? Nè la legge è nominata, nè si fa una distinzione fra possesso di un edificio tutto in proprietà nelle parti e nell'intero di una persona e possesso di un edificio proprio di uno mentre le parti sono di un altro. E poi che ci ha a fare la legge de tigno iuncto colla questione del possesso delle parti nell'intero? La legge indicata può impedire che il possesso delle parti nell'intero, dato che si ammetta, ne faccia acquistare la proprietà; può impedire che usucapito l'intero si acquisti perciò la proprietà della parte, non può impedire che il possesso, res facti, delle parti, se null'altro osta, ci sia. È vero che talora i giuristi negano l'esistenza del possesso, solo perchè questo non produce gli effetti di legge; ma qui Giavoleno giudica della sua esistenza o no, considerando i requisiti del possesso in sè: egli trova che mancano gli elementi del possesso e per questo nega che esso esista,

---

(1) Questa è opinione antica. V. gli scrittori citati dal Meischeider o. c. § 18. Fu sostenuta ancora recentissimamente dall'Eisele, *Jhering's Iahrb*, N. F, XIII, pag. 503.

non già perchè ci sono i suoi elementi, ma il possesso non produce l'effetto di farci acquistare la proprietà per un motivo speciale. Chi dunque legge affermata nel passo la necessità di usucapire le parti, anche dopo usucapito l' edificio, costui deve supporre che la casa comprata fosse fatta con materiali, che non erano del proprietario dell'edificio; il che non è detto; deve supporre che Giavoleno pensasse a una legge, che egli non nomina e a cui neppure accenna; deve incolparlo d'esser venuto ad una conclusione, che nella sua generalità non è punto giustificata dalla ragione, che ne dà; deve incolparlo di aver deciso due questioni, di cui l'una non ha nulla a che fare coll'altra. Accettando poi la correzione del Lenel, secondo la quale Giavoleno avrebbe affermato il suo principio anche per l'interdetto utrubi, è chiaro che la sua sentenza si manifesta tanto più indipendente da ogni riguardo alla legge de tigno iuncto e dipendente solo dalla persuasione teorica, che non si può nell'intero possedere la parte. Ora questa persuasione non giustifica punto, ripeto, la necessità di usucapire le parti, anche dopo usucapito l'intero.

Concludendo, se c' è nelle nostre fonti un testo chiaro, malgrado le corruzioni in qualche punto, è questo. Giavoleno non tratta che un quesito: è possibile un contemporaneo possesso dell'intero e delle parti? e risponde no. Quali conseguenze ha questo principio? questa: che nessuno possa allegare di aver acquistato un diritto sulle parti in forza del loro possesso durante l'unione, perchè questo possesso non esiste; onde se pretendi di aver acquistato per usucapione i materiali per averli posseduti nell'edificio, erri; l'usucapione non è possibile che ad edificio sciolto; e tu, che fondi la tua pretesa di proprietà soltanto su di una usucapione dei materiali non avvenuta, dovrai ora cominciare a possederli, se vuoi divenirne proprietario per usucapione. Qui finisce, rispetto all'usucapione, la sentenza di Giavoleno; questi non si domanda, perchè non gl'importa, perchè è indifferente per la sua questione, se costui che non acquistò i materiali per il loro possesso, può averli acquistati altrimenti; sopratutto non va a vedere, se usucapito l'intero sia acquistata

la proprietà della parte o durante o sciolto l'edificio. Questa è una questione diversa dalla sua, ch'egli non tratta e non decide, perchè sulla sua decisione il principio da lui affermato non ha la menoma influenza ed essa eccede quindi il suo tema.

Come in via d'appendice al commento di questo passo e a conferma dell' interpretazione, che ne ho data, mi si permetta di richiamar l'attenzione sul fatto, che i romani, dove senza dubbio trattano la questione, se, usucapito l'intero da un possessore dell'edificio contro il proprietario dell'edificio, sono usucapiti i materiali contro un diverso proprietario dei materiali, non pensano neppure a collegare questa questione all'altra del possesso dell'intero e delle parti. I passi, che decidono quella prima questione sono:

L. 7 § 11. D. a. r. d. 41. 1. Gaio. Illud recte quaeritur, an, si id aedificium vendiderit is qui aedificaverit et ab emptore longo tempore captum postea dirutum sit, adhuc dominus materiae vindicationem eius habeat, causa dubitationis est, an eo ipso, quo universitas, aedificii longo tempore capta est, singulae quoque res, ex quibus constabat, captae essent: quod non placuit.

L. 23 § 7 D. de rei vind 6. 1. Paolo. Item si quis ex alienis cementis in solo suo aedificaverit, domum quidem vindicare poterit, cementa autem resoluta prior dominus vindicabit, etiamsi post tempus usucapionis dissolutum sit aedificium, postquam a bonae fidei emptore possessum sit: nec enim singula cementa usucapiuntur, si domus per temporis spatium nostra fiat.

I due passi gemelli si prestano ad uguali osservazioni. La prima si è che anch'essi confermano il principio di Giavoleno. Nessuno infatti dei giureconsulti si domanda, se sia esclusa la rivendicazione dei materiali, per essere usucapiti come mobili prima dell'usucapione dell'edificio. Vuol dire che non c'era dubbio che no; e il dubbio non è escluso che dal principio di Giavoleno. In secondo luogo, va notato che nessuno dei due giureconsulti si domanda neppure, se quei materiali sono acquistati per usucapione speciale, non però come mobili, ma come immobili; così che si possa

pensare, che col possesso dell'edificio si compiano due usucapioni: l'una dell'immobile edificio, l'altra degli immobili materiali. È vero che i due scrittori si esprimono male: Gaio dice « an....singulae res... captae essent; » Paolo « nec.... singula cementa usucapiuntur. » Pare adunque che essi ammettano un'usucapione speciale delle singole cose, dei singoli cementi, cioè il contrario di quel ch'io dico. Ma in realtà quelle frasi significano solo: « se si siano acquistate le singole cose per effetto dell'usucapione dell'intero » — « non si acquistano i cementi per l'usucapione della casa » e non già: « se si siano direttamente acquistate le cose per una speciale usucapione di esse » — « non si usucapiscono specialmente i cementi. » Tanto è ciò vero, che proprio all'usucapione dell'intero, riconducono, come effetto possibile a sua causa, l'usucapione delle parti. Gaio scrive infatti: si dubita se *a motivo* dell'usucapione dell'intero si è usucapita la parte. Paolo scrive: non è vero che, *per aver acquistato l'intero,* sia usucapita la parte. L'uno e l'altro dunque non pensano ad una usucapione della parte, considerata come immobile, contemporanea a quella dell'edificio, ma presentano l'usucapione della parte come possibile conseguenza l'uno dell'usucapione dell'intero, l'altro dell'acquisto della proprietà pur dell'intero. Ora un'usucapione causata da un'altra non esiste; esiste un acquisto di proprietà cagionato da un altro acquisto. Il che prova, che, malgrado l'uso delle parole « captae, usucapiuntur », i due giureconsulti si mettono la questione come va messa, cioè: per effetto dell'acquisto avvenuto per usucapione della proprietà dell'intero, si è acquistata la proprietà della parte?

Una simile formulazione ora prova che Paolo e Gaio non ammetteano un'usucapione indipendente dei materiali, come parti immobili; ed è per questo, che tacciono completamente del possesso delle parti nell'intero, possesso che non potrebbe venire in campo se non come requisito dell'usucapione delle parti, ch' essi non ammettono. Se essi usano inopportunamente i verbi « captae essent » « usucapiuntur », ciò dipende dal fatto che « usucapere » indica insieme il modo d'acquisto della proprietà e il fatto dell'acquisto: di qui

nulla di più naturale, che la questione accennata venisse formulata nel modo impreciso suesposto, quando l'acquisto della proprietà dei materiali era effetto dell'usucapione dell'intero. Riassumendo adunque, io diceva che la questione: se usucapito l'intero è acquistata la proprietà della parte, non ha nulla a che fare col quesito studiato da Giavoleno, perchè codesto acquisto non si compie per usucapione di essa, quindi in forza del possesso di essa, ma come conseguenza dell'unica usucapione dell'intero. Questi passi confermano la mia asserzione, perchè in essi, malgrado l'applicazione inesatta del verbo « usucapere » ai materiali, pure si assevera implicitamente, che un'usucapione indipendente dei materiali, come immobili, non è possibile, ma il loro acquisto si compie, se si compie, per effetto dell'usucapione dell'intero, dunque senza necessità del loro possesso.

Malgrado l'evidenza, per me, di questi argomenti, si è voluto tuttavia sostenere il contrario; cioè che alle nostre leggi sta a fondamento lo stesso pensiero di Giavoleno. Si dice che, com'è formulata, l'asserzione di Gaio e Paolo abbraccia ogni caso di usucapione dell'intero e che appunto perchè si estende ad ogni caso il motivo non può essere se non l'impossibilità di possedere la parte nel tutto (1). Rispondo: non esser vero che la sentenza si estenda a ogni caso. E lo provo. Anzitutto il discorso verte sull'edificio e non su di ogni cosa composta, nè c'è nel testo un argomento, come quello di Giavoleno, che possa far estendere la sentenza oltre il caso dell'edificio. In secondo luogo la sentenza è emanata in occasione della legge de tigno iuncto, il che fa supporre che nella legge stessa stia la ragione della sentenza. Siccome la legge de tigno iuncto non si applica che agli edifici e nei nostri testi non si parla che di edificio, codesta conclusione mi par più che probabile. La probabilità si muta in certezza, quando si pensi che non c'è una ragione alcuna per trattar l'acquisto della proprietà per usucapione, diversamente dall'acquisto per occupazione, tradizione etc. Se occupo una casa derelitta,

(1) V. Randa, *Besitz* § 18. n. 10ª. Vangerow, *Pand.* I. p. 374.

se mi si trade una casa dal suo legittimo proprietario, che la edificò con materiali suoi; disciolta la casa, io divento, in forza della proprietà dell'intero, proprietario immediatamente delle parti. Perchè ora l'acquisto dell'intero si verificò per usucapione, dovrà valere un diverso principio? Io non so veder di ciò ragione alcuna. Acquistata in qualunque modo la proprietà dell'intero, devono essere logicamente acquistate le parti, o mentre sono unite, se si ammettono due proprietà dell'intero e delle parti, o certo appena sciolto l'intero. La differenza nella causa dell'acquisto dell'intero non può produrre una differenza di conseguenze rispetto all'acquisto delle parti. Che ora i romani pensassero, che anche in forza dell'usucapione dell'intero avviene di regola l'acquisto delle parti, io dico risultare dalla stessa legge di Gaio. Questi difatti dice: « recte quaeritur » se il proprietario può rivendicare i materiali, dopo che l'edificio, già usucapito, si è sciolto. Per questionare su questo punto ora bisognava precisamente che fosse già stabilito come regola generale, che, usucapito l'intero, è acquistata anche la proprietà della parte. Se ciò non era stabilito, se invece, come si asserisce, col « quod non placuit », Gaio dice che era stabilito il contrario, il motivo di dubitare veniva meno; invece che « recte quaeritur » il giureconsulto avrebbe dovuto dire « male quaeritur ». V'ha di più. Chi ben guardi il modo con cui è esposta la « causa dubitationis » trova che veramente in essa si afferma indirettamente che, acquistato l'intero per usucapione, era acquistata di regola anche la parte. Di vero l'edificio, di cui si parla nella « causa dubitionis, » non è un edificio qualunque, ma quello posseduto e usucapito. Lo dimostrano i verbi: « captae est, captae essent », verbi al passato, che corrispondono al « captum » di prima. Il giureconsulto dunque non dice che il motivo di dubitare sia in un altro dubbio, cioè nella questione generale « an eo ipso, quo universitas aedificii longo tempore capitur, singulae quoque res ex quibus constabant capiuntur » ma il motivo di dubitare si è: se perciò che l'edificio in discorso fu già usucapito, non furono usucapite le singole cose che lo formano. Dunque il motivo di dubitare è creato da ciò, che all'edificio

in discorso si applica il principio generale già accolto. Non si giustifica così un dubbio con un altro: si giustifica un dubbio coll'applicazione al caso particolare di una massima generale stabilita. È quest'applicazione particolare della massima generale, che il giureconsulto respinge col « quod non placuit » e non già la massima generale in sè; questa anzi la accetta. Pur troppo il vero significato della « causa dubitationis » è passato inavvertito. Tutti interpretano il passo, come se vi si dicesse, il motivo di dubitare si è perchè si dubita se usucapito l'edificio etc. Questo è un giro di pensiero assurdo. Si dubita, perchè v'è una massima generale, la quale pare deva escludere, dopo usucapito l'edificio, la possibilità della rivendicazione; rivendicazione che la legge de tigno iuncto concede, e che l'equità vuole sia mantenuta. Ma, si dice, questa deviazione dalla massima generale non sarebbe giustificata. Voi dite che è iniquo si compia l'usucapione contro chi non può rivendicare, e che per questo l'usucapione dei materiali non ha corso. Ora è noto che l'usucapione corre ugualmente anche contro chi non può agire; tanto è vero che correva contro chi era assente reipublicae causa e nel diritto antico anche contro chi avea contestato la lite (1). Rispondo: l'obbiezione può ferire chi dice che l'eccezione alla massima generale ha per base il principio: « agere non valenti non currit praescriptio »: ma non può ferir me. Io dico infatti che noi siamo, rispetto ai materiali, fuori dalla materia dell'usucapione. I materiali uniti non si usucapiscono di per sè, perchè ne manca il possesso. Non si sostiene adunque che il divieto d'agire ad exhibendum dovesse impedirne l'usucapione; si dice che dovea impedire, che l'acquisto già compiuto della proprietà dell'intero, dovesse importare, quando i materiali si sciolgono, l'acquisto istantaneo anche della loro proprietà. I materiali sciolti devono tornare nella condizione, in cui erano prima che, contro la volontà del proprietario fossero messi in una condizione, la quale per legge toglieva al proprietario stesso ogni mezzo di riavere il suo.

(1) Windscheid, *Pand.* § 182, n. 13, § 109, n. 2 — Ruggieri, o. c., § 187 — Pampaloni, *La Legge delle XII Tavole* de tigno iuncto p. 161.

Il testo di Paolo è formulato più dogmaticamente, con una minor relazione alla fattispecie particolare, ma ciò non toglie però, dopo quanto ho detto, che il suo pensiero non sia quello stesso di Gaio, e la ragione della decisione la stessa. La forma, con cui si esprime, è più dogmatica, solo perchè riassunse in una sola proposizione negativa la « causa dubitationis » e il « quod non placuit » di Gaio (1).

Concludendo, anche questi giureconsulti non ammettono che una usucapione, cioè un solo possesso: quello dell'intero; la questione se, usucapito questo, sia acquistata la proprietà della parte, la decidono, senza nessun riguardo al possesso delle parti, considerando solo il divieto della rivendicazione stabilito dalla legge de tigno iuncto. Si confrontino questi passi con quello di Giavoleno e si vedrà subito che differenza d'ipotesi; l'uno dice « qui aedes mercatus est » gli altri dicono: chi possiede un edificio fatto con materiali che non sono del proprietario dell'edificio; l'uno parla del possesso delle parti, gli altri no; l'uno nega che le parti possano usucapirsi per sè, gli altri che possano acquistarsi per l'acquisto della proprietà dell'intero; l'uno tace della legge de tigno iuncto, gli altri ne parlano. Tutto questo non prova che questi due passi decidono una questione diversa da quella decisa da Giavoleno, che Paolo e Gaio da un lato, Giavoleno dall'altro sono in un ordine diverso di idee e che dunque è una pretesa insostenibile quella che Giavoleno decida nel § 2 anche la questione trattata qui da Paolo e Gaio? Torno ai passi, che si riferiscono direttamente alla nostra questione.

III.

L. 8 D. quod vi aut clam, 43. 24, VENULEIUS *libro secundo interdictorum*.... ceterum per se tegulae non possidentur, sed cum universitate aedificii.

---

(1) Vedi un'interpretazione delle due leggi, fin qui discusse, uguale alla mia in Eisele *art. cit.*, pag. 502 segg.

Il passo esprime la stessa idea di Paolo e di Giavoleno; ma qui però si trova espressa un'idea di più, che precisa meglio la prima. Questa idea si è, che un possesso delle tegole dentro all'edificio c'è; c'è in altri termini una disposizione fisica innegabile di esse; solo questa disposizione vale come disposizione dell'edificio e non come possesso a sè. Mentre Paolo e Giavoleno dicono: tu non possiedi le cose singole, possiedi l'edificio; Venuleio dice; possiedi le cose singole, ma questo possesso si perde nel possesso dell'universitas; vale come parte del possesso di questa; non si ha cioè due possessi del tutto e delle singole cose, ma un solo possesso del tutto, di cui quello delle singole cose è parte e che quindi non ha esistenza a sè. Il passo ha una speciale importanza, anche perchè non era necessario sostenere con questo argomento, che si può agire coll'interdictum quod vi aut clam contro chi tolse le tegole dalla casa. Bastava notare che le tegole son parte della casa, e che quindi chi le toglie muta lo stato di un edificio da noi posseduto, per sostener la stessa asserzione. L'asserzione di Venuleio si presenta adunque come espressione di un concetto giuridico accolto per la sua intrinseca verità e non per necessità di tesi.

IV.

L. 7. § 1. D. ad exhib. 10. 4. Ulpianus *libro vigesimo quarto ad edictum.* Sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum (et ita Pomponius scribit) quamvis tunc civiliter non possideas. § 2. idem et si armario vel navi tabulam meam vel ansam scypho iunxeris vel emblemata phialae, vel purpuram vestimento intexeris, aut bracchium statuae coadunaveris.

Il senso di questa legge dipende evidentemente dall'interpretazione, che si dà alla frase « quamvis tunc civiliter non possideas » l'unica, che offra delle difficoltà. In questa

frase ora tre punti devono essere stabiliti; il senso in cui è usato il *tunc*, che oggetto ha il verbo *possideas* e sopra tutto che possesso intendeva di indicare Ulpiano colla parola civiliter.

I due primi punti domandano breve discorso. *Tunc* qui non vale per avverbio di tempo, non indica cioè il momento, in cui si verifica un fatto, ma indica invece, come in molti altri luoghi delle fonti, che un fatto dipende da un altro e precisamente che il non possedere civilmente dipende dal fatto dell'unione. Ciò appare dalla diversità dei tempi, in cui sono usati i due verbi « aptare » e « possidere. » Il passato « aptaveris » sta infatti ad indicare il fatto avvenuto, che è causa della condizione attuale di cose espressa col presente « possideas. » Questo verbo è al presente e vale come presente il « teneberis; » è sempre un momento presente, un fatto attuale, che si verifica ora dopo l'unione, che il giureconsulto vuole indicare: di qui l'uso del presente per entrambi i verbi. Ulpiano adunque viene colla frase citata a dire che, se avviene l'unione, « allora, » cioè per causa di essa non è possibile possedere civilmente (1). Dico per « causa di essa » cioè dell'unione in sè, e non già, come si sostiene da taluno, perchè l'unione fu fatta sapendo che la cosa unita era di un terzo (2). Di questa scienza del congiungitore, che la ruota non era sua, Ulpiano non dice verbo. Come mai si può ora pensare, che avesse trascurato di esporre questo fatto, se solo da esso derivava l'impossibilità, che il congiungitore possedesse civilmente la ruota?

L'oggetto del verbo « possideas » non può essere che la ruota, giacchè questa è la cosa, che si domanda, e per agire ad exhibendum era richiesto il possesso dell'oggetto stesso domandato, non di quello, a cui era unito.

Tutta la difficoltà si riduce ora ad interpretare la parola « civiliter. » Questa parola non è che una parte della distinzione tra « possessio civilis » e « naturalis » che Ulpiano

---

(1) Rimando il lettore al Windscheid, art. cit. p. 462 seg. per la confutazione dell'opinione assurda, secondo cui Ulpiano direbbe nel testo: « sarai tenuto ad esibire anche se per avventura non fossi possessore della ruota. »

(2) Binding, *Arch. f. civ. Pr.* XXVI p. 369, 380 segg. Pflüger, o. c. p. 58 seg.

fa nella l. 3 § 15 h. t., alla quale si riferisce evidentemente la nostra. Noi dobbiamo quindi vedere il senso di codesta distinzione nella l. 3 § 15, tanto più che quantunque non troviamo nella l. 7 § 1 nominato che il primo membro della stessa distinzione, tuttavia viene in campo anche l'altro. Di vero Ulpiano nella l. 3 § 15 dice, che per essere convenuti coll'actio ad exhibendum è necessario possedere o civilmente o naturalmente. Siccome ora egli nega l'esistenza del possesso civile in caso di unione e tuttavia ammette che il possessore dell'intero possa essere convenuto colla detta azione per la parte, vuol dire ch'egli ammette che rimane di questa un possesso naturale. La l. 7 § 1 non dice adunque soltanto, che nell'intero non si possiede civilmente la parte, dice anche, che nell'intero la si possiede naturalmente.

Ora, a mio avviso, il senso della distinzione tra possessio civilis e naturalis nella l. 3 § 15 ad exh. non può essere dubbio, appena si confronti questa legge colla l. 5 pr. eod. La prima legge suona: « sciendum est adversus possessorem hac actione agendum non solum eum qui civiliter, sed et eum qui naturaliter incumbat possessioni. » In essa è adunque affermato anzitutto che bisogna possedere, poi che non è necessario possedere civilmente, infine che basta invece un possesso naturale. La l. 5 pr. dice: « Celsus scribit: si quis merces, quas exvehendas conduxit, in horreo posuit, cum conductore ad exhibendum agi potest: item si mortuo conductore heres existat, cum herede agendum: sed si nemo heres sit, cum horreario agendum: nam si a nullo inquit, possidentur, verum est aut horrearium possidere aut certe ille est, qui possit exhibere. Idem ait: quomodo autem possidet qui vehendas conduxit? an quia pignus tenet? — quae species ostendit etiam eos, qui facultatem exhibendi habent, ad exhibendum teneri. » Qui pure abbiamo dunque la dichiarazione, che per essere convenuti coll'actio ad exhibendum bisogna possedere: tanto è vero, che Celso giustifica la sua asserzione, che il vettore, il suo erede, il magazziniere, chi può esibire in genere possono essere convenuti, dicendo che tutti possiedono. Ma da questa legge risulta anche che qualcuno riteneva necessario il possesso interdit-

tale per essere convenuti, e lo riteneva necessario, perchè non si può dire che possiede in senso tecnico chi non gode degli interdetti. Difatti Celso si domanda: come si può affermare che possiede il vettore? forse perchè ha un diritto di pegno sulle merci, è dunque possessore interdittale? Questa necessità ora Celso la nega dicendo: non occorre il possesso interdittale, ma basta la facultas exhibendi. La l. 3 § 15 e la l. 5 pr., tutte e due di Ulpiano, tutte e due tolte allo stesso libro del suo commentario all'editto, coincidono adunque perfettamente in tre punti: nell'affermare per la stessa azione la necessità del possesso, nel negare la necessità di una forma speciale del possesso, nel dichiarare che basta una forma inferiore di possesso. La conclusione viene da sè. Quella forma speciale, Ulpiano indica che colla parola « civiliter » non può essere che il possesso del creditore pignoratizio nominato poi, cioè il possesso interdittale, perchè il creditore non ha altro possesso che questo, mancando egli del possesso ad usucapionem; quella forma minore di possesso, che Ulpiano indica colla parola « naturaliter » non può essere che il possesso indicato da Celso, che consiste nell'avere la facultas exhibendi.

Chi voglia ora rendersi conto del perchè Ulpiano, o direttamente o per bocca di Celso, crede necessario affermar queste cose, e chi voglia avere un'ulteriore conferma della interpretazione data alla l. 3 § 15, non ha che a confrontare le l. 3 § 15, l. 4, l. 5 pr. § 1 del titolo « ad exhibendum » colla l. 9, D. de rei vind., 6, 1. Si vedrà infatti che le prime leggi, le quali insieme sono poi un'unica legge di Ulpiano, momentaneamente interrotta da un passo di Pomponio, non fanno altro che ripetere per l'actio ad exhibendum con termini diversi e qualche volta con termini uguali quello che la l. 9 dice per la rei vindicatio.

La l. 3, § 15 comincia col dire, che per agire coll'actio ad exhibendum bisogna possedere: « sciendum est adversus possessorem hac actione agendum. » La l. 9, scritta pure da Ulpiano, comincia: « officium autem iudicis in hac actione in hoc erit ut iudex inspiciat, an reus possideat. » Si capisce che Ulpiano doveva dire questo per l'una e per l'altra azione,

perchè nelle formule di entrambe contenute nell'editto, era espresso, com'è noto, il requisito del possesso.

La l. 3, § 15, prosegue: « non solum cum qui civiliter, sed et cum qui naturaliter incumbat possessioni. » La l. 9: « quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt actionem legem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrubi. » Ma Ulpiano respinge questa opinione, dicendo nella stessa legge: « nec ad rem pertinet, ex qua causa possideat.... puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse. » È evidente: la l. 3, § 15, dice con termini oscuri quello che la l. 9 dice con termini chiari. Tra le due leggi sta, per riguardo alla chiarezza, la l. 5 pr. Nei tre passi così ordinati troviamo espresso uno stesso pensiero con termini via via sempre più evidenti: il possesso chiamato civile nella l. 3, § 15, si trova essere nella l. 5 pr. il possesso del creditore pignoratizio, e nella l. 9 finalmente il possesso, che « locum habet in interdicto uti possidetis vel utrubi »; il possesso chiamato naturale nella l. 3 § 15, si trova essere nella l. 5 pr. il possesso costituito dalla facultas exhibendi e nella l. 9 il possesso di coloro che « tenent », cioè dei detentori.

A conferma di ciò va notato, che dopo il principio generale: potersi cioè agire rispettivamente contro chi può restituire od esibire, vengono nei nostri testi gli stessi esempi di possesso naturale, cioè di semplice facultas restituendi, exhibendi, disgiunta dal possesso interdittale. L. 4 ad exh.: « nam et cum eo, apud quem deposita vel cui commodata vel locata res sit, agi potest. » l. 5 § 1. « Julianus autem ita scribit ad exhibendum actione teneri eum, qui rerum vel legatorum servandorum causa sit in possessione. » Nella l. 9 Ulpiano conferma l'ammissibilità dell'actio petitoria per gli stessi casi, negando l'asserzione seguente di Pegaso: « denique ait ab eo, apud quem deposita est vel commodata vel qui conduxerit aut qui legatorum servandorum causa.... in possessione esset..... quia hi omnes non possident, vindicari non posse. »

I nostri testi si corrispondono persino nell'ordine, con cui

si passa da una terminologia precisa ad una men precisa. Nella l. 9 infatti Ulpiano dice prima quale possesso speciale è preteso, cioè la « possessio quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrubi: » poi, abbandonata la specificazione del possesso, dice dei detentori: « quia hi omnes non possident » semplicemente. E così nella l. 3 § 15 egli comincia collo specificare il possesso mediante l'epiteto « civiliter »; nella l. 5 pr. lo specifica ancora mediante l'esempio del creditore pignoratizio, ma poi nei §§ 1 e 5 della stessa legge lascia cadere l'epiteto e dice semplicemente « quamvis nec hic utique possideat » — « licet non possideas. »

Del resto è cosa naturalissima, che noi troviamo le stesse asserzioni, le stesse distinzioni e le stesse confutazioni per le due azioni. L'una serviva di preparazione all'altra, le formule di entrambe contenevano espresso il requisito del possesso, e queste formule erano state composte, quando la parola « possidere » non aveva ancora assunto per causa degl'interdetti possessorii nella teoria e nella pratica il senso tecnico di possesso interdittale. Assuntolo che ebbe, nulla di più facile, che alcuno attribuisse a quella parola il suo senso tecnico anche nelle formule anzidette, e nulla perciò di più necessario che uno scrittore, commentando l'editto, si sentisse obbligato a confutare questa asserzione per l'una formula e per l'altra, e ad affermare inoltre la sufficienza per entrambe di requisiti minori uguali.

Dopo queste osservazioni mi pare che si possa concludere con sicurezza che nella l. 3 § 15, « possidere civiliter » vuol dire « possidere ad interdicta » e « possidere naturaliter » aver la « facultas exhibendi. » Se nella l. 9 i due termini « civiliter » e « naturaliter » mancano, ciò si spiega osservando, che Ulpiano cominciava col citar Pegaso, al quale quella terminologia era ignota. Omessa così la menzione di possesso civile e sostituitala colla frase « possessio quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrubi » naturalmente non era più il caso di indicare i detentori colla frase « qui naturaliter incumbant possessioni » Nella legge 3 § 15 invece, dove Ulpiano fa un discorso diretto, la terminologia veniva opportuna.

Due obbiezioni si possono fare contro le mie argomentazioni e conclusioni: la prima si è che la distinzione fra possessio civilis e naturalis in altri testi ha altro senso. E sia: cessa perciò forse che nella legge 3 § 15 abbia il senso indicato? Se è vera codesta asserzione, non si dovrà, secondo me, dir altro se non che la distinzione ha nei varii luoghi diversi sensi; ma non si potrà mai negare, che nella nostra legge essa abbia il senso indicato, il quale risulta da prove non dubbie.

L'altra obbiezione che si potrebbe fare e fu fatta (1) è che, venendo le parole della l. 3 § 15 « denique creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet » dopo la frase « sed et eum qui naturaliter incumbat possessioni » si deve ritenere che il possesso interdittale del creditore sia presentato come esempio di possesso naturale. Ma io non credo temerario asserire che l'obbiezione non ha fondamento. Dopo quanto ho detto sul modo, con cui Ulpiano parla nella l. 5 pr. del creditore pignoratizio e sull'opporre che fa a questo il vettore, il depositario ecc., che sono senza dubbio possessori naturali, non ci può essere dubbio, che per lui il creditore pignoratizio era possessore civile.

Ma neanche i compilatori videro nel possesso del creditore pignoratizio un caso di possesso naturale, ma bensì di possesso civile. Si veda infatti con che ordine e con che termini son citate le persone, che possono essere convenute coll'azione in discorso nelle ll. 3 § 15. 4. 5. h. t. La l. 3 § 15 dice: si può agire non solo contro il possessore civile, ma *anche* contro il possessore naturale: così si può agire contro il creditore pignoratizio, l. 4. perchè è certo che si può agire *anche* contro il depositario, commodatario, locatario. Noi abbiamo adunque distribuiti gli esempi in due leggi, il che fa già supporre che nella prima ci sia l'esempio del possesso civile prima nominato, nell'altra l'esempio del possesso naturale nominato poi. La supposizione diviene certezza appena si osserva, che il primo esempio del creditore è ci-

(1) V. Meischeider o. c. p. 79.

tato senza quell'*et*, che indica una estensione della legittimità passiva a casi estremi; ciò prova infatti che dev'essere citato come esempio di quella evidente, naturale legittimità, che Ulpiano attribuisce al possessore civile; gli altri esempi sono citati coll'*et*, con quell'*et*, che si trova nella frase « sed *et* eum qui naturaliter incumbat possessioni » e dunque devono essere esempi di questa estrema legittimità passiva, che Ulpiano attribuisce al possessore naturale. Inoltre il *nam*, quantunque interpolato per congiungere i passi, è segno evidente, che nella l. 4 venivano per i compilatori esempi di un possesso di grado inferiore a quello del creditore; essi vogliono provare evidentemente la legittimità pel caso di un possesso maggiore, mostrando che è ammessa pel caso di un possesso minore. Nella l. 5 pr. si torna a parlare della legittimità passiva del vettore, del magazziniere, tutti semplici detentori e si oppone anche qui ad essi il possesso del creditore pignoratizio. Lo stesso si fa nel § 1 della medesima legge. Il possesso del creditore appariva adunque come un possesso maggiore rispetto a un possesso minore. Ora nella l. 3 § 15 non sono nominate che due forme di possesso, e non sono distinti gradi nè nell'una, nè nell'altra: ciò prova che il possesso maggiore del creditore apparteneva alla prima, il possesso dei detentori all'altra. Così, come dico, intesero certamente la cosa i compilatori. L'obbiezione riferita, che consiste nel giovarsi del fatto, che il creditore pignoratizio è nominato subito dopo la menzione del possesso naturale, pecca adunque, perchè move dalla considerazione di un solo testo, senza guardare che la l. 3 § 15 forma un'unità colla l. 4 e l. 5.

Se poi si dicesse: ma come mai Ulpiano non cita, dopo aver fatto due categorie, che il creditore? Come mai lo cita con termini, che pare accennino si sia fatta questione sulla legittimità passiva del creditore, mentre, se il creditore era possessore civile, non si potea dubitare della sua legittimità passiva? Non è questo un segno, che il creditore apparteneva a quei possessori naturali, sulla cui legittimità si potea dubitare? Se si dicesse questo, risponderei: le osservazioni sono giuste: ma esse invece che condurci a con-

cludere che il creditore è nominato come possessore naturale, ci devono condurre alla conclusione, che il passo di Ulpiano fu mutilato ed ecco come. Ulpiano, asserita la necessità di esser possessori, o civili o almeno naturali, veniva ad esporre distesamente alcuni casi di possesso civile e naturale. Ma per ventura nella massa sabiniana c'era un passo, quello di Pomponio, che riassumeva brevissimamente i casi di possesso naturale: deposito, commodato, locazione. La commissione, che doveva colle tre masse formare il titolo, trovò opportuno di inserire tra i passi d'Ulpiano, tolti alla massa edittale, questo frammento di Pomponio tolto alla massa sabiniana, che bastava a sostituire un lungo squarcio di Ulpiano. Essa citò di vari esempi di possesso civile nominati da Ulpiano quello del creditore, o per la sua frequenza, o per la sua tipicità (della quale abbiamo una prova nella menzione che fa del creditore anche Celso nella l. 5 pr. h. t.) lasciando da banda i casi, di per sè evidenti, di possessore con animo domini, che Ulpiano nominava probabilmente prima, ed unì con un « nam » i due testi di Ulpiano e di Pomponio, per riprender poi nella l. 5 il testo di Ulpiano, che trattava d'altri casi più rari o meno evidenti di legittimità passiva. Questo, che per me non è un'ipotesi, ma un fatto, spiega tutto. Si trova nominato un solo esempio di possesso civile, perchè i compilatori non miravano a spiegare il senso della parola « civiliter, » che in nessun luogo ci è mai spiegato, ma ad enumerare i vari casi di legittimità. Ora quelli di possesso civile parevano i più naturali, evidenti e quindi bastava per essi un esempio tipico. Bisognava invece specialmente annoverare i casi di possesso naturale, molto numerosi, e sui quali si potea fare discussione, come appare da quanto dicono Celso (l. 5 pr.), Giuliano (l. 5 § 1), e Ulpiano (l. 5 § 5 — l. 7 § 1) e dal modo con cui si esprime rispetto ai due possessi Ulpiano stesso nella l. 3 § 15. Il caso del creditore è poi nominato con termini non adatti all'idea di esempio, perchè nel testo originale dovea trovarsi dopo la menzione di altri casi di possesso civile e non subito dopo la distinzione dei possessi.

Stabilito così il significato della l. 3 § 15, è fissato pur quello della l. 7 § 1. Ulpiano colla frase « quamvis tunc

civiliter non possideas » viene ad esprimere la stessa opinione di Paolo, di Giavoleno e di Venuleio: non essere cioè possibile un possesso « ad interdicta » e tanto meno « ad usucapionem » della parte nel tutto. Ciò che per lui rimane è la « possessio naturalis » cioè, nel nostro caso, una disposizione fisica della cosa tale, che concede la facoltà di esibire.

V.

L. 30 § 1 D. de usurp. et usuc. 41. 3, *Pomponius libro trigensimo ad Sabinum*. Labeo libris epistularum ait, si is, cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas coniecisset, nihilo minus eum usucapturum, si aedificium possedisset. quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in anulo gemma? in quo verum est et aurum et gemmam possideri et usucapi, cum utrumque maneat integrum.

È un passo, che dopo tanti tentativi d'interpretazione (1), di cui nessuno riuscì ad ottenere il consenso, non dico di tutti, ma neppure di una parte rilevante dei romanisti, si dovrebbe dare per disperato, eppure io non so indurmi a considerarlo per tale. Mi pare che non si sia formata un'opinione comune sul suo significato, non per difficoltà intrinseche, che presenti, ma perchè quasi tutti gli interpreti si accinsero alla sua interpretazione col deliberato proposito di trovarne un significato, che concordasse con quello degli altri testi surriferiti e permettesse loro di costruire una teoria più o meno soddisfacente sul possesso di parti di cosa composta. Io credo perciò che, evitando questo errore, commentando il testo col testo stesso, si possa arrivare ad una di-

(1) Vedine un'abbondante raccolta in Meischeider o. c. § 18. Io ho tenuto conto, oltre che delle interpretazioni esposte dal Meischeider, anche di alcune altre più recenti od antiche; del resto non intendo e non pretendo di citare e di occuparmi di tutta la letteratura relativa a questa legge.

mostrazione evidente del suo vero significato. Questo è quello, che cercherò di fare.

Il miglior mezzo per giungere a codesto risultato credo sia questa volta il porre in rilievo gli errori dei vari interpreti della nostra legge. Io però non mi occuperò degli errori di teoria; ma di quelli meramente esegetici, che consistono cioè nel falsare il significato genuino del testo. Perciò, anzi che esaminare le singole interpretazioni dei singoli scrittori io ne faccio come un fascio e rilevo una per una le asserzioni erronee, che si trovano in esso, senza occuparmi dell'uso, che dai singoli scrittori ne fu fatto per la teoria.

Il primo consiste nel tradurre « nihilominus » per « non » (1). Io dico invece che « nihilominus » significa affermazione e non negazione (2). Ammetto infatti che « nihilominus » significhi talora « non ». Dopo la dichiarazione di Prisciano (3) non è più possibile dubitarne. Quindi « nihilominus » può sostituir « nihilomagis » nel senso di negazione; come « nihilomagis » può sostituir « nihilominus » nel senso di affermazione. Ciò non vuol dire però, che si possa arbitrariamente tradurre quelle parole nell'un modo o nell'altro, come piace. Di vero e l'una e l'altra viene usata sempre che, posta una premessa, si passa ad una conclusione diversa da quella che parrebbe dovesse derivarne. Noi abbiamo dunque un criterio sicuro, per tradurre in senso affermativo o negativo quelle parole. Se la conclusione, per parer contraria alla premessa, dev'essere affermativa, tradurremo l'una e l'altra parola in senso affermativo, se dovrà essere negativa la tradurremo in senso negativo; il rapporto tra la premessa e la conseguenza deve essere la regola della traduzione. Cito in prova di ciò gli

(1) Kierulff, *Civilrecht* p. 276 segg. — Unterholzner, *Verjährungslehre* bearb. von Schirmer v. I. p. 153 segg. — Sintenis, *Arch. f. civ. Pr.* v. 20 IV e *Civilrecht* v. I. § 43 n. 14.

(2) Come appare io non mi occupo della questione, se si deve correggere il testo, sostituendo a " *nihilominus* „ " *nihilomagis* „ come vuole l'Unterholzner o. c. I. p. 161 n. 166. Ciò perchè l'idea della correzione si è lasciata cadere tosto che il Sintenis provò che « nihilominus » può aver senso negativo come « nihilomagis » Il punto di questione cade oramai adunque sul significato della parola e non sulla variante.

(3) Lib. XVIII, p. 1196, ed. Putsch: nostri quoque frequenter duplici abnegatione utuntur ut nihilominus pro non.

stessi esempi citati dall'Unterholzner e dal Sintenis. Nella l. 25 § 6 D. 42. 8 si dice: fructus autem fundo cohaesisse non satis intellegere se Labeo ait, utrum dumtaxat qui maturi an etiam qui immaturi fuerint, praetor significet: ad ceterum etiamsi de his senserit, qui maturi fuerint, nihilo magis possessionem restitui oportere. » Qui « nihilomagis » si tradurrà per « tuttavia »; perchè pareva che i frutti maturi dovessero considerarsi come distaccati dal fondo, e quindi che fossero esclusi dall'obbligo di restituire i frutti coerenti al fondo. Il giureconsulto invece dice: ciò malgrado si restituiranno; è l'affermazione positiva qui che si contrappone alla premessa. Nella l. 7 § 2. D. pro empt. 41. 3. sta scritto « nihilominus servum diutina possessione capere ». Qui « nihilominus » si tradurrà negativamente, ma perchè la credenza di colui, che aveva tradito a lui manomesso il fondo, che gli fosse stato concesso il peculio, o almeno la sua ignoranza che il peculio non gli fosse stato concesso, pareva dovesse condurre alla possibilità dell'usucapione, la quale è invece esclusa per altri motivi. La stessa osservazione si può fare sulla l. 13 § ult. C. de iud. 3. 1; l. 56 C. de decur. 10. 32 e, uscendo dagli esempi citati dall'Unterholzner, sul § 7 I. de s. c. Tert. 3. 2. e. 6. pr. D. qui test. 28. 1., ed altri testi, che ognuno può trovar citati in un dizionario delle fonti. Ora la domanda da farsi è questa: la conclusione, a cui deve venir Pomponio nella nostra legge, per esser contraria alla premessa dev'essere che si usucapisce o che non si usucapisce? La risposta non può esser dubbia: siccome egli dice di voler guardare, se il fare una rerum mixtura interrompe l'usucapione delle singole cose, il che dà già a divedere, che per lui la rerum mixtura in certi casi deve produrla, siccome poi suppone un tal caso di rerum mixtura, dove la cosa unita sparisce più evidentemente nell'intero, la conclusione pare deva essere negativa; il « nihilominus » quindi, che deve esprimere passaggio ad una conseguenza contraria a quella, che par discenda dalla premessa, dovrà avere significato affermativo, cioè di: « ciò malgrado, tuttavia, nondimeno etc. »; il giureconsulto

deve dunque ammettere che l'usucapione abbia luogo, benchè la premessa sembri condurre ad altro principio.

Conosco come l'Unterholzner si costruisce in diversa maniera da questa l'antitesi tra la conclusione e la premessa. Egli dice: Labeone nominando i dieci giorni, cioè un brevissimo spazio di tempo, viene a dire che quantunque manchino così pochi giorni, pure l'usucapione non ha luogo (1). Il lettore comprenderà da sè, che tali ragionamenti non meritano una confutazione. Credo invece opportuno ricordare quello che già avvertì il Savigny, ossia che codesta traduzione, di « nihilominus » per « non » regge solo a patto di dare al « si » nella frase « si aedificium possedisset » il senso di « etsi » (2); se non si facesse infatti questo, Pomponio accennerebbe al possesso dell'edificio come a condizione, perchè non avvenga l'usucapione, quasi che, se l'edificio non si possiede, essa potesse aver luogo. Ma in nessun altro luogo delle fonti il « si » assume il significato di « etsi ». L'Unterholzner stesso, per trovare un esempio dell'uso del « si » per « etsi » dovette ricorrere a Cicerone. Egli cita infatti Cic. de off. I § 23 III § 37; Tusc. quaest. IV § 66. Dato pure ora chè in questi passi il « si » abbia codesto senso, ciò che il Binding mette giustamente in discussione (3), è evidente che dall'uso fatto del « si » da Cicerone, non si può desumere che i nostri giuristi lo potessero adoperare nello stesso significato. La lingua giuridica non può tollerare simile ambiguità; e non la ha, come ho detto, effettivamente tollerata. Noi dobbiamo dunque lasciare al « si » il suo naturale significato condizionale. Pomponio-Labeone dicono che il possessore dei materiali li usucapirà, se avrà posseduto l'edificio. A favore di questa traduzione di « nihilominus » non si può neppure, come fa il Sintenis, richiamarsi al fatto che la frase « in quo verum est » dimostra, come Pomponio parlando dell'unione di mobile a mobile sentenzia diversamente da quel che fa prima, e che una diversità non si ottiene, se non traducendo

(1) O. c. p. 162.

(2) *R. des Besitzes* p. 310 n. 1.

(3) *Arch. f. civ. Pr.* vol. XXVII p. 387.

appunto « nihilominus » per non. Vedremo più sotto che una diversità tra i principî, che valgono per i due casi di unione di mobile a immobile, mobile a mobile, esiste invece anche lasciando a « nihilominus » il suo significato normale; significato, che è accolto, altro importante argomento per noi, nella parafrasi dei basilici.

Viene ora in considerazione un gruppo d'ipotesi speciali, che hanno tutte per scopo immediato di togliere alle parole del testo relative all'edificio il significato di esempio e di sentenza generale per ogni caso di unione di mobile a immobile.

Si è supposto, che le tegole e le colonne invece di essere nel nostro caso materiali di costruzione solidamente incorporati nell'edificio, fossero invece materiali aggiuntivi esternamente, debolmente, per ornamento (1). Ma le tegole non sono nominate nelle nostre fonti che come copertura del tetto (2), e in tal qualità, tutt' altro che un ornamento, sono una necessità per ogni edificio. Se ora non sono nominate come ornamento le tegole, non saranno neppure nominate come ornamento le colonne. — L' Unterholzner (3) citò contro questa idea opportunamente alcuni passi, in cui le colonne e le tegole ci son presentate come vere e proprie parti dell'edificio. Nella l. 33 D. serv. pr. urb. 8. 2 si parla di una colonna « quae onus vicinarum aedium ferebat. » Nella l. 41 § 1, 9, D. de leg. I. le colonne sono nominate tra le cose « aedibus iunctae », che il senatusconsulto emanato sotto i consoli Aviola e Pansa vietava si potessero legare; e con esse sono nominati i marmi, le travi, le porte, le tegole, tutte cose che non si possono prestare, dice la legge, se non si detraggano, sottraggano all'edificio. Nè vale opporre, come fa lo Schirmer (4), che in tal caso si dovrebbero dire parti dell'edificio anche le biblioteche « pa-

---

(1) Savigny, *Besitz.* p. 259. — Randa, *Besitz.* p. 429, e gli scrittori quivi citati.

(2) V. Dirksen, *Manuale* alla voce *tegula*. Non so quindi perchè lo Schirmer (Unterholzner, I, p. 159, n. 2) dica che il Puchta erra, prendendo le tegole nel senso di copertura del tetto.

(3) O. c., I p. 160.

(4) Unterholzner, o. c., I, p. 159, n. 2.

rietibus inhaerentes »; perchè anche queste non si possono legare. Di vero la legge stessa fa capire che queste cose sono diversamente unite all'edificio dalle altre: tanto è vero che dice: « SED ET in bibliothecis parietibus inhaerentibus. » — Che Pomponio non pensasse nè per le tegole, nè per le colonne ad ornamenti, risulta anche dalla seguente considerazione. Egli dice di voler studiare l'effetto, che produce sopra la incominciata usucapione delle singole cose la « rerum mixtura. » Ma questa « rerum mixtura » deve formare una cosa composta. La cosa composta è ora caratterizzata non solo dal risultare dall'unione di più cose, ma dal servire in essa tutte le parti a uno scopo, così che l'intero si presenta come un'unica cosa, come un nuovo ente, che ha nella vita la sua peculiare destinazione, rende uno speciale servizio. Dunque le colonne e le tegole devono concorrere a formare l'edificio; ed è perciò naturale il supporre che venissero da Pomponio nominate come vere e proprie parti necessarie dell'edificio. A ogni modo, se pur le nominava come ornamenti, resta sempre, per quanto ho detto, ch'egli pensava ad ornamenti, che concorrono a formar l'edificio, che formano un tutt'uno con esso, come sono ad es. i triglifi e le metope d'un cornicione, le colonnine laterali alle finestre, che paiono sostener la cornice, ecc. Quindi questi ornamenti vengono parificati alle cose necessarie, per la loro qualità comune di comporre l'edificio, e il principio esposto per questi ornamenti deve valere anche per le cose necessarie. Con altre parole, Pomponio in ogni caso non sentenzia come fa, perchè le cose di cui parla sono ornamenti, ma perchè formano parte della cosa composta edificio, e quindi la sua sentenza si estende ad ogni altra cosa, che si può dir parte dell'edificio, e non resta, come si vuole, limitata agli ornamenti. La stessa ragione c'impedisce di accettare l'idea, che egli pensasse ad un'unione debole anzichè forte. Pomponio in realtà non pensa nè ad un'unione debole, nè ad una forte: ma ad un'unione atta a creare una cosa composta, la quale quindi abbraccia tutte le cose, o necessarie o ornamentali, che concorrono a formar l'edificio, comunque siano aggiunte. La forza maggiore o minore dell'unione ora non influisce

per nulla a far sì, che una cosa si dica vera parte dell'edificio e un'altra no. Le tegole, ad esempio, sono sciolte del tutto dall'edificio; invece la iscrizione antica, che io muro in una parete dell'atrio del mio palazzo per ornamento e forse per custodia, vi è saldamente attaccata, eppure ognuno comprende, che le tegole concorrono a formar l'edificio, e l'inscrizione no; che quindi l'unione delle tegole entra nei casi di rerum mixtura nominati da Pomponio: « nec ad rem pertinet adfixae sunt an tantum positae, » come dice Venuleio, e l'unione dell'inscrizione, benchè saldissima, no. — Del resto, come si faccia a dire che « coniicere in aedificium » non vuol dire « incorporare » nell'edificio, ma unire esteriormente, anzi transitoriamente, come dice lo Schirmer, io non so davvero. « Coniicere », che letteralmente vuol dire gettar dentro, che nella l. 3, § 14 D. a. p. 41, 2, ad esempio, è usato, parlando dei pesci, che si immergono e si lasciano nelle piscine, è il verbo, che esprime meglio ancora dell'altro, tanto usato « iungere » l'incorporazione, la definitiva immersione, se così si può dire, della cosa unita nell'intero. — Infine non bisogna dimenticare, che nel nostro testo Pomponio deve decidere di tutti i casi in cui si ha una « rerum mixtura », atta a produrre una cosa composta. Ora se egli contemplasse un'unione estrinseca, debole, fatta per ornare l'edificio, anzichè una salda, duratura per costruirlo, egli deciderebbe del caso men frequente d'unione di mobile a immobile, lasciando, nell'ipotesi migliore, al lettore di desumere dalla decisione pel caso straordinario il principio da applicare nel caso ordinario. Egli farebbe anzi di peggio: egli non si curerebbe neppure di rilevare il carattere di ornamenti, che han le cose di cui parla; eppure esse sono tali, che normalmente servono a tutt'altro che a mero ornamento. È ora possibile che Pomponio facesse questo? A me pare di no. — Le prove date in sostegno dell'opinione fin qui combattuta sono del tutto invalide. Il Randa dice, che le parole « in quo verum est et aurum et gemmam possideri et usucapi, cum utrumque maneat integrum » e la parola « ergo » nella frase « quid ergo in his etc. » indicano con certezza, che non si parla prima di veri materiali da costruzione. La

certezza deriverebbe da questo, che quella frase e questa parola dimostrano come le due sentenze hanno per base lo stesso principio (1). Se ben comprendo, il Randa vuol dire che Pomponio sentenzia, come fa e per l'edificio e per l'anello, perchè nei due casi le due cose unite restano integre, il che vuol dire che l'una non si confonde coll'altra. Ma « quid ergo » ed « in quo verum est, » come dimostrerò in seguito, indicano che si passa pel caso dell'anello ad una sentenza diversa da quella data prima. E quindi la frase « cum utrumque maneat integrum » ha relazione soltanto al secondo caso d'unione e non al primo. Del resto, anche questo vedremo poi, codesta frase è così vaga, si può interpretare in modi tanto diversi, che ci vuole tutto il coraggio, di cui è capace un interprete di fronte a un testo contrario alla sua teoria, per trovare in essa espresso il pensiero affermato dal Randa. — È più felice nei suoi argomenti il Savigny, ma anch'egli non convince affatto. Nella l. 23, § 1, D. de usurp. 41, 3 si parla, è vero, d'evizione di una colonna; ora, se pur non si vuole ammettere, ed io credo si possa, coll'Unterholzner (2), che si parli di evizione impropriamente, che nel caso in questione cioè si trattasse di un'azione di risarcimento con « duplae praestatio » in base alla legge de tigno iuncto, tutto ciò che si può al più desumere da questa legge si è, che talora le colonne rimanevano disgiunte dall'edificio o che si potevano evincere, quando per avventura il proprietario dell' edificio le avesse momentaneamente o anche stabilmente levate. Codesta legge però non prova che nella nostra, dove si parla di tegole e colonne « coniectae, implicatae » nell'edificio, sia contemplata la stessa fattispecie dell'altra legge citata, dove di « coniicere, implicare, » immobilizzare, non c'è parola. E così pure nulla vale l'argomento tratto dalla l. 1 § 1 D. de tigno iuncto 47, 3, perchè se pure da questa legge, cosa discutibile, si può dedurre, che alcuni negavano la qualità di tignum alle tegole, non si può punto dedurre, ch'esse non fossero considerate parte dell'edifi-

(1) O. c., p. 424, n. 8.

(2) O. c., p. 160 seg.

cio. La qualità di tignum era loro negata pel significato della parola tignum (1), non perchè mancasse l'incorporazione vera e propria e non concorressero a formare l'edificio. Tanto è vero, che quelli che negavano la qualità di tignum alle tegole, la negavano anche all'arena e alla calce, delle quali cose nessuno dirà che siano ornamenti dell'edificio o che vi fossero debolmente unite. — Concludendo, il nostro testo contempla un caso di unione, o forte o debole non conta, di cose concorrenti a formare l'edificio.

Lo Scheurl afferma, che la sentenza di Pomponio relativa all'edificio vale solo, se l'incorporazione avviene in un edificio completo. Ecco precisamente il suo ragionamento. Pomponio, dicendo che la gemma e l'anello si possiedono e si usucapiscono a parte, perchè le due cose restano mobili, viene indirettamente ad affermare, che le cose mobili unite in un immobile non si possiedono nè si usucapiscono a parte. La ragione ora di questa indiretta affermazione, così prosegue lo Scheurl, sta nel divieto dell'actio ad exhibendum stabilito dalla legge de tigno iuncto; in forza di esso infatti è resa impossibile l'usurpatio dei materiali e, impedita l'usurpatio, è iniquo che continui l'usucapione. Ma questa legge si applica solo, egli dice, al caso che le cose vengano adoperate a costruire un edificio e non già al caso, che vengano unite ad un edificio compiuto prima dell'unione. Di vero la ratio legis è « ne urbs ruinis deformetur; » ora se si sciolgono i materiali usati a costruire un edificio, questo si distrugge; invece se si levano i materiali incorporati in un edificio prima completo, non si ha affatto distruzione dell'edificio, non potendo essere codesti materiali, che pochi. A questo ultimo caso adunque la legge non si applica; non applicandosi rimane possibile il possesso e l'usucapione particolare dei materiali. A questo solo caso si riferisce quindi la sentenza di Labeone relativa all'edificio e non all'altro, che i materiali fossero usati a costruir l'edificio; di fatti la frase « coniicere in aedificium » non può significare se non unire i materiali ad un edificio già fatto. Pomponio citò questa

(1) V. Pampaloni, *La legge delle XII tavole de tigno iuncto*, p. 31 e segg.

sentenza di Labeone per la autorità dello scrittore (1). Così lo Scheurl. A mio credere è difficile unire insieme asserzioni più insostenibili. Ripeto un' osservazione fatta prima: Pomponio, secondo lo Scheurl, non comincierebbe col dire quel che avviene del possesso e dell'usucapione, se si uniscono i materiali in un edificio in costruzione, che è il caso più frequente, ma quel che avviene, se si uniscono quando è già fatto, che è il caso più raro. Poi non direbbe affatto quel che avviene, se l'edificio è in costruzione; questo egli lo lascierebbe desumere al lettore dalle parole usate, discorrendo dell'unione tra mobili. Per tal modo Pomponio direbbe esplicitamente il principio, che vale per i casi straordinari, lascierebbe invece al lettore d'indovinare il principio, che vale per i casi ordinari di unione in un edificio. È Pomponio un così cattivo scrittore da potergli attribuire di queste enormità? Ma il ragionamento dello Scheurl pecca per un vizio maggiore. Egli dice che dalle parole ultime del nostro testo si desume, che Pomponio ammetteva pel caso di « implicare rebus soli » in principio diverso da quello, che stabilisce pel caso di unione di mobile a mobile. Questo lo ammetto anch'io; ma in tal caso lo Scheurl non può più dire che, se l'edificio è fatto, si continua l'usucapione dei materiali poscia uniti; perchè anche codesta unione è « implicare rebus soli » e dunque anche in codesta unione il principio da applicare dovea essere diverso da quello, che vale per l'unione tra mobili, e non poteva quindi essere quello, ch'egli dice, il quale invece di essere diverso è uguale. Per sfuggire a questa argomentazione lo Scheurl dovrebbe sostenere che l'unione dei materiali in un edificio fatto non importa per Pomponio « rebus soli implicare », oppure che, avendo prima nominato un caso speciale di questa implicazione, avea creduto di usare, per indicare gli altri casi, una frase, che di per sè abbraccerebbe anche il primo. Tutte cose, che un esegetico può dire, ma cui nessuno, ritengo, può credere. A parte questo, tutta la spiegazione dello Scheurl si fonda sovra ipotesi e ragioni di fatto insostenibili. Poniamo pure infatti,

(1) *Zur Lehre vom röm. Besitze* § 23.

ciò che io non credo, che la ragione della legge de tigno iuncto sia « ne urbs ruinis deformetur »; ma ruine ci sono, tanto se si leva ciò che è aggiunto ad un edificio esistente, che se si leva dei materiali usati a costruirlo. Chi con materiali altrui rifà un muro, chi alza di un piano una casa, chi converte una casaccia cadente in un solido edificio, se è poi costretto a disfare il lavoro fatto, fa ruine, che possono essere grandissime. Non è possibile supporre i romani così sciocchi da impedire che si faccia levare una trave, se fu unita costruendo un edificio, e da permettere invece che si faccia levare tutte le travi, che sostengono i pavimenti, se questi sono stati sostituiti a delle vecchie travi in una vecchia casa. Se mai la legge avesse voluto fare una distinzione, non l'avrebbe mai fatta tra edificio vecchio e nuovo, ma avrebbe fissata una misura di quantità per i materiali impiegati, al disopra della quale sarebbe vietata l'actio ad exhibendum, al disotto ammessa; oppure avrebbe avuto riguardo alla facilità di levare i materiali e sostituirli con nuovi: o al poco danno in genere, che deriva dal levarli. Ma supporre che distinguesse fra incorporazione in un edificio fatto o da farsi, è mostrare di non aver ombra di senso pratico, o di credere che non ne avessero ombra gli antichi. Poi noi abbiamo visto non esser vero, che il principio di Giavoleno derivi veramente dalla considerazione dell' impossibilità dell'usurpatio. Non è neppur vero che la frase « in aedificium coniicere » si adatti solo al caso di un edificio già fatto. Ho costruito una casa e solo manca che la copra con tegole; ho levato dal tetto di una casa vecchia le tegole vecchie, manca solo che ce ne metta di nuove. Nei due casi io ho sempre un edificio, a cui mancano le tegole. E quindi se potrò dire « in aedificium coniicere » nel secondo caso, lo potrò dire anche nel primo. Si aggiunga che un' incorporazione di colonne è sempre più verosimile si faccia, costruendo un edificio, che dopo fatto. Da qualunque parte si consideri adunque questa spiegazione, essa si manifesta assurda.

Una certa affinità con questa idea dello Scheurl ha pur quella del Ruggieri. Questi ritiene, che fosse possibile possesso ed usucapione delle parti di una cosa sia mobile, che

immobile, purchè non fossero parti essenziali. Pomponio e Labeone contemplerebbero nella nostra legge un'unione in un edificio, così formato, che le colonne e le tegole non dovessero apparire come parti essenziali dell'edificio stesso; ma come un'aggiunta, un complemento. Tale sarebbe il caso, se all'edificio mancassero qualche colonna o poche tegole; perchè infatti « qualche colonna, che manchi ad un edifizio non farà sì che questo si dica mancante di parte essenziale; ma lo farà dire alquanto disadorno. Se nell'edifizio si trovi difetto non di tutte le tegole o della maggior parte di esse, ma di poche; non per questo è da alcuno *in civitate* giudicato edificio imperfetto, ma nella estimazione comune tal mancanza è tenuta per cosa di secondaria importanza e da non essere considerata riguardo al concetto dell'edifizio stesso, che non viene per quella a scapitare. Di questi due casi si occupa appunto Labeone, decidendo per l'ammissione della usucapione separata » (1). Così il Ruggieri. Io dico che questo non è interpretare; è inventare ed inventare male. Pomponio parla solo di tegole e di colonne; è tutta invenzione del Ruggieri che le tegole e le colonne fossero poche. Nulla infatti autorizza tale ipotesi. Dato pure che « coniicere in aedificium » voglia dire « unire in un edificio fatto nella parte essenziale, » si capisce che, se l'edificio è grande, può darsi che appaia fatto nell'essenziale e tuttavia gli manchino molte tegole e molte colonne. Che regola poi sarebbe questa, secondo cui dalla quantità di colonne o di tegole, che si uniscono in un edificio si deve desumere che si tratti di una parte essenziale o no di esso? Questo in ogni caso dipenderà dal genere della materia e non mai dalla quantità. Se l'essenzialità dipendesse dalla quantità, si cadrebbe nell'arbitrio più assoluto. E così pure si cadrebbe nell'arbitrio, lasciando alla discrezione del giudice ammettere, se un edificio si può dir fatto nell'essenziale o no. Da ultimo, io devo ripetere l'argomento opposto all'ipotesi che le tegole e le colonne fossero un ornamento. Se Pomponio decide, come fa, per l'unione di parte

(1) *Il possesso* § 201. Cf. per la sua teoria il § 196.

non essenziale, egli deciderebbe direttamente del caso meno frequente di unione in un immobile, lasciando a noi dedurre da questa decisione il principio, che varrà pel caso più frequente. Per di più la qualità speciale, che ha il caso di cui parla, egli non la rileverebbe, o la rileverebbe con una frase come quella « coniicere in aedificium » soggetta a varie interpretazioni, le quali dimostrano com'essa sia di per sè inetta ad esprimere quello che, nell'intenzione dell'interprete, dovrebbe esprimere. Che Pomponio possa ora far questo, pare a me cosa inammissibile.

Bisogna pure respingere ogni interpretazione restrittiva dei « decem dies. » Non sono pochi quelli, che leggono nel testo questo principio: le tegole e le colonne si usucapiranno, possedendo l'edificio per altri dieci giorni dopo l'unione, se mancavano dieci giorni ad usucapire i materiali; non si usucapiranno, se mancavano più di dieci giorni. A costo di riuscire noioso io devo ripetere la solita osservazione: Pomponio citando il parere di Labeone ha evidentemente finito di dire la regola, che vale nel caso di unione di mobile a immobile. Ma se il principio di Labeone valea solo se mancavano dieci giorni, Pomponio ci avrebbe detto, invece della regola, l'eccezione. È vero che da questa si può desumer la regola, ma è impossibile pensare, che in un passo che comincia col porsi un quesito generale e che continua per distinzioni, asserzioni e motivi generali, il giureconsulto si sia limitato a dir l'eccezione per un caso tanto importante, lasciando al lettore di desumerne la regola. Del resto è evidente che nulla giustifica la limitazione dei dieci giorni. Questa è tanto illogica, che quanti, anche egregi ingegni, tentarono di giustificarla caddero nell'assurdo. — Si dice che essendo i dieci giorni uno spazio minimo di tempo, si poteano trascurare conformemente alla massima tutta romana di non tener conto dei « minima » (1). Ma in realtà del mancare i dieci giorni si tien conto; tanto è vero che il nostro testo dice « usucapturum; » fa capire cioè che, per codesta

(1) Pape, *Linde's Zeitschrift* N. F. Vol. 4, XXXIII. — Thibaut, *Arch. f. civ. Pr.* Vol. 7, III. — Puchta, *Kl. civ. Schriften XXVI*, p. 422 seg.

mancanza, l'usucapione non è compiuta, ma si compirà in avvenire. Con altre parole il non tenerne conto avrebbe dovuto condurre ad ammettere per compiuta l'usucapione dei materiali al momento dell'unione; invece l'usucapione è rimessa ad un tempo futuro. La stessa legge, a cui si ricorre, per sostenere che i dieci giorni valgono come esempio solenne tipico di tempo minimo cioè la l. 50 D. de minor. 4. 4. prova invece l'importanza data a codesta incompletezza di tempo; tanto è vero, che in questa legge si stabilisce che il creditore venga restituito nei dieci giorni, che avea lasciati passare senza agire, a motivo dell'intercessione del minore. Dunque dieci giorni apparivano bensì un « modicum tempus, » come dice la l. 21 § 1 D. de pec. const. 13. 5 citata dal Thibaut, ma, per quanto modico, esso dovea tuttavia passare, se ne dipendeva la perdita di un diritto. Agli altri argomenti del Thibaut, che nel giudicare della capacità di fare un atto di ultima volontà si trascurava il momento ultimo della impubertà, e che nella teoria della mora non si badava ai minima, risposero già il Windscheid e l'Unterholzner notando che, quanto alla capacità di testare, non si abbandona neppure un giorno dei quattordici anni stabiliti dalla legge; che solo per comodità di computo il giorno ultimo vien considerato come un solo momento di tempo; e quanto alla mora, che il giudicar se c'è o no mora, è cosa piuttosto di diritto che di fatto, e nel singolo caso un breve ritardo è spesso piuttosto caso accidentale che un atto contrario al diritto (1). — Si dice anche che il vero motivo, pel quale è escluso da Giavoleno il possesso dei materiali e quindi l'usucapione entro l'edificio, è perchè durante l'unione in forza della legge de tigno iuncto è impedita l'usurpatio da parte del proprietario dei materiali. Ma se mancavano solo dieci giorni ad usucapirli, l'usurpatio era in fatto quasi impossibile; dunque dal momento che il divieto d'agire con actio ad exhibendum è inefficace, perchè il breve termine stesso rende impossibile l'usurpatio, esso non deve impedire che l'usucapione dei materiali si compia,

(1) Windscheid. a t. cit. p. 155. — Unterholzner o. c. I, p. 159.

dopo uniti, come si sarebbe di certo o quasi di certo compiuta, se fossero rimasti sciolti (1). Rispondo come prima: se era impossibile l'usurpatio, perchè non considerare come compiuta l'usucapione senz'altro al momento dell'unione? Ma, lasciando da parte questo, c'è una risposta convincente ed è che l'usurpatio nei dieci giorni era possibilissima. Essendo possibile, il divieto d'agire con actio ad exhibendum avrebbe dovuto impedire la continuazione dell'usucapione, anche se mancavano soli dieci giorni.

Questa spiegazione parte dunque da una considerazione di fatto sbagliata di sana pianta. Che sia errata anche la considerazione di diritto, che sia falso cioè che Giavoleno deduca il suo principio da un riguardo della legge de tigno iuncto credo di averlo dimostrato prima.

Questa spiegazione del Savigny è stata recentemente rinfrescata, per così dire, dall'Eisele (2). Questi cercò di provare, come sia un fatto certo ciò, che pel Savigny era una ipotesi, ossia l'impossibilità dell'usurpatio nei dieci giorni mancanti. L' Eisele dice: è vero, che la rei vindicatio nel diritto classico non impediva il compimento dell'usucapione, ma però, se si veniva alla litis contestatio prima del compimento dell'usucapione, l'usucapione stessa era resa innocua. Per giungere però alla litis contestatio occorreva almeno un termine di dieci giorni dalla editio actionis. Ne viene che, se si agiva con rei vindicatio, solo quando mancavano soli dieci giorni la rei vindicatio non serviva neppure a rendere innocua l'usucapione. Era giusto quindi che si compisse nei dieci giorni mancanti un'usucapione, cui la rei vindicatio non poteva più impedire, nemmeno se i materiali fossero rimasti mobili. L'Eisele giustamente non crede che la legge di Giavoleno contempli il caso, che la casa sia demolita, dopo usucapita; nel resto conviene, come appare, sostanzialmente col Savigny, nel ritenere che le l. 7 § 11 D. a. r. d. 41. 1. l. 23 § 7 D. de rei vind. 6. 1, contengano un'eccezione, stabilita per riguardo alla legge de tigno iuncto, alla regola,

(1) Savigny, *Besitz.* p. 269 seg.

(2) Art. cit. p. 480 segg.

che usucapito l'intero sono usucapite le parti. Rispondo a queste argomentazioni come prima: se era impossibile l'usurpatio o nel senso materiale del Savigny o in quello procedurale dell'Eisele, perchè non ammise Labeone, che fosse compiuta l'usucapione senz'altro al momento dell'unione? A parte questo vedasi quante cose bisogna supporre per spiegarci in questa forma le parole di Labeone relative all'edificio. Bisogna suppore *a)* che senza dubbio occorressero almeno dieci giorni, per venire alla litis contestatio dopo la rei vindicatio; ora l'Eisele stesso dice, che ciò è molto verosimile, ma non certo; *b)* che nei dieci giorni anzidetti non sia compreso quello, in cui avviene la litis contestatio; perchè se ad es. unii i materiali il primo giorno del mese e nello stesso giorno si sperimentò contro di me la rei vindicatio, e il giorno dieci del mese stesso si può compiere la litis contestatio è chiaro che, siccome al tempo di Labeone occorreva, per usucapire, che tutto l'ultimo giorno fosse passato, la litis contestatio avrebbe potuto, dato che i materiali fossero rimasti mobili, rendere innocua l'usucapione; *c)* occorre ancora che noi attribuiamo a Labeone l'idea, che pel fatto dell'unione avviene bensì un'interruzione del possesso, ma l'interruzione si compie solo per chi pensa giuridicamente (« mera subtilitate »); che invece, praticamente guardata la cosa, colonne e tegole non sono prive di possessore e sopra tutto non sono nel possesso di un terzo; che perciò si può trascurare codesta interruzione teoretica del possesso (1). Ora un pensiero così rozzo, così poco giuridico, mi pare indegno di Labeone. Se questi avesse trovato, che il possesso dei materiali è cessato in forza dell'unione — e le parole « si aedificium possedisset » mostrano ch'egli trovava ciò — mi pare impossibile che non ammettesse l'interruzione dell'usucapione. È certo a ogni modo, che è tutta un'ipotesi dell'Eisele un simile ragionamento di Labeone. *d)* Per accordare questa sentenza speciale di Labeone col resto del passo l'Eisele è costretto a fare altre ipotesi ancora e precisamente a supporre che Pomponio abbia manifestato dei dubbi sulla bontà della

(1) Così l'Eisele affermava aver ragionato Labeone, art. cit. p. 519 seg.

sentenza di Labeone, che egli anzi sentenziasse per le ragioni teoretiche, trascurate da Labeone, diversamente da questo e che i compilatori abbiano ommesso la sentenza contraria di Pomponio (1). Ora ognun vede quanto sia poco probabile, che i compilatori ommettessero il parere di Pomponio, il quale dovea applicarsi a ogni caso di unione di mobile a immobile, per citare una sentenza per un caso speciale; che citassero la sentenza contraria al passo di Giavoleno, tacendo quella ad esso conforme; e che sopra tutto, dopo aver fatto questo, non cercassero in qualche modo di dare ordine al passo, il quale, interpretando in codesta forma le parole di Labeone, rimane monco e confuso. A me par quindi, che la spiegazione dell'Eisele non spieghi niente; essa è un intreccio d'ipotesi, di congetture, che nella massima parte non hanno neppure il pregio della verisimiglianza. Va da sè che, respinti gli argomenti dell' Eisele, tanto più cade l'asserzione del Savigny dell'impossibilità dell'usurpatio; impossibilità, che il Savigny derivava solo da difficoltà fisiche, per così dire, di giungere in tempo colla rei vindicatio. C' è chi crede con questi ultimi interpreti, che di regola non sia ammessa l'usucapione dei materiali dentro l'edificio a motivo della legge de tigno iuncto; ma spiega che questa regola non valga, se mancano dieci giorni, in altro modo. Si dice: la legge de tigno iuncto impedisce di agire ad exhibendum solo allo scopo « ne urbs ruinis deformetur; » ma se si incorpora in un edificio incompiuto dei materiali dieci giorni prima di usucapirli, allora, lasciando al proprietario di ripetere i materiali, non si ha ruine, solo si ritarda il compimento dell'edificio: il costruttore non deve far altro che levare, e farà presto, i materiali incorporati, e porvene di nuovi. Se pure coll'unione dei materiali l'edificio è completo, breve lavoro basta a levarli e rimetterne degli altri. Per questo caso dunque non c'è ragione d'impedire al proprietario di rivendicare i materiali; il divieto d'agire non esiste, perchè la ragione della legge de tigno iuncto qui non ha efficacia,

(1) Art. cit. p. 518 seg.

non trova applicazione. Essendo possibile dunque l'usurpatio, è possibile anche l'usucapione, se mancano dieci giorni. In questo solo caso di incorporazione in edificio incompiuto il nostro testo ammette, che l'usucapione abbia corso, se mancano dieci giorni ad usucapire i materiali (1). Ho da confutare lungamente di queste aberrazioni? Quanto sia arbitraria questa ipotesi, che il nostro testo contempli il solo caso di unione in un edificio incompiuto e che la legge de tigno iuncto non impedisca di sciogliere il tignum, se l'unione è recente di dieci giorni, appare senz'altro da ciò che, come abbiamo visto, altri dice essere contemplato nel testo proprio il caso contrario dell'unione in un edificio compiuto ed esser la legge de tigno iuncto limitata al caso di edificio in costruzione. Sono affermazioni cervellotiche, che si equivalgono per la mancanza comune di ogni fondamento. Ho dimostrato sopra che il principio di Giavoleno ha altra spiegazione da quella qui sostenuta. Ho detto anche essere molto discutibile se la vera ragione della legge de tigno iuncto sia « ne urbs ruinis deformetur » Ma, a parte questo, come si fa a dire che ci sia poco danno a disfare il lavoro di dieci giorni o che la legge de tigno iuncto non valga per il caso, che nei dieci giorni si finisca l'edificio? In dieci giorni si può fare, adoperando molti operai, un gran lavoro e riuscire quindi assai dannoso disfare la parte costruita. In dieci giorni si poteano costruire le case usate in Roma al tempo delle dodici tavole; in dieci giorni si può finire un edificio incominciato, e allora almeno non avrà forza la legge, che vieta di sciogliere il « tignum iunctum aedibus », dal momento che le « aedes » ci sono belle e compiute? — Non mi occupo dell'opinione di chi vuole, che i dieci giorni siano sottintesi anche per l'unione della gemma e dell'anello e che Pomponio ammetta la continuazione dell'usucapione, solo se mancano i dieci giorni, per l'autorità di Labeone e per ragioni di equità (2). Un'equità, che consisterebbe nel privare anzi tempo il proprietario della possibilità di riavere il suo!

(1) Meischeider o. c. § 19.

(2) Pape o. c. l. c.

Sono follie, di cui il lettore farà giustizia da sè. Io concludo, che tutto conduce a ritenere, che i dieci giorni sono nominati semplicemente come esempio di usucapione incompiuta.

Un'alterazione del senso del testo io vedo anche nell'affermazione del Pampaloni (1), che Pomponio decide bensì uniformemente per ogni caso di unione di mobile a immobile che l'usucapione continua, ma solo per eccezione, utilitatis causa. Il vero si è però, che Pomponio non dice parola da cui si possa desumere, che il principio, da lui esposto, sia contro la logica giuridica e accettato solo per eccezione, per motivi di utilità. Anzi siccome evidentemente colla frase « quid ergo » dimostra di pensare, che, avendo deciso in un modo il primo caso d'unione di mobile a mobile, deve decidere diversamente il secondo, si è condotti a concludere che il primo principio era da lui accettato per logica giuridica; altrimenti non avrebbe potuto procedere alla deduzione, che fa. Il Pampaloni dà qualche argomento esegetico in sostegno della sua tesi. Per ora tralascio di esaminare, se veramente, com'egli dice, Labeone ammette l'usucapione, benchè manchi il possesso (2). Mi limito solo ad osservare, che nel caso contemplato dalla l. 1 § 14. D. a. p. 41. 2., cui egli cita, è evidente l' utilità di ammettere che si compia l'usucapione per mezzo del servo in fuga: si tratta di non ricever danno per causa di un delitto del servo; di non veder interrotte spesso le usucapioni per atti di grande frequenza; di non dar modo ai proprietari di interrompere le usucapioni cominciate a loro danno col sollecitare i servi alla fuga, invece che con atti onesti; si tratta sopratutto di impedire che una fuga, la quale finiva quasi sempre coll'arresto del servo, dovesse, se pur era durata un'ora, produrre a noi dannose conseguenze economiche incalcolabili. Ma che dovesse essere tuttavia compiuta l'usucapione, benchè io usucapiente volontariamente mi fossi spogliato del possesso, quando il mio atto produceva già a danno del proprietario dei materiali la cattiva conseguenza di privarlo

(1) O. c. p. 162.

(2) Farò questo esame più innanzi.

dell'actio ad exhibendum, questo è quello che non so comprendere; non so comprendere cioè, che genere di utilità ci fosse a lasciar compiere l'usucapione. L'utilità sarebbe stata tutta dell'usucapiente e mai del pubblico. Utile era invece lasciar che l'usucapione non si compiesse, giacchè, provvisto indirettamente colla legge de tigno iuncto al mantenimento delle costruzioni fatte, rimaneva al proprietario il suo diritto per un tempo maggiore, e la legge non deve facilitar l'estinzione del diritto di proprietà per usucapione, finchè l'utilità economica, che può recar la cosa, non viene per l'esistenza di un diritto di proprietà inoperoso, menomata. Si potrebbe per verità dire, non essere conveniente che forse dopo decine d'anni che la casa è costruita e che è passata in altre mani, si possa venir fuori coll'actio de tigno iuncto, o rivendicare i materiali, se la casa era distrutta. Ma un diritto, come il romano, che non cominciò ad ammettere prescrizione delle azioni di diritto civile, se non durante l'impero classico e non sottopose la « rei vindicatio » alla prescrizione che nel 424, d. C. evidentemente a cotali conseguenze non aveva riguardo.

Fortunatamente il caso della gemma e dell'anello nominato da Pomponio non era tale da permettere agli scrittori di limitare il senso e l'importanza della sentenza relativa con ipotesi speciali. Nessuno pensò, ch'io sappia, a sostenere che l'anello non fosse finito, o che fosse un anello vecchio, e che la gemma fosse mal saldata etc. A parte il Pape, nessuno pensò neppure, che Pomponio sentenziasse, come fa pel caso di unione dell'annello e della gemma solo se mancavano dieci giorni all'usucapione. Non so neppure che alcuno scrittore abbia mai sostenuto, che la sentenza di Pomponio è bensì comune ad ogni caso di unione, ma fu da lui accettata solo utilitatis causa. Questa parte del nostro testo non ebbe così a subire per parte degli interpreti alcuna speciale violenza; ma non le subì solo perchè il caso in essa contemplato è malleabile, adattabile alle varie teorie sul possesso di parti di cosa composta, senza bisogno di un precedente lavoro di preparazione a tal fine. Siamo così giunti a dire di un comunissimo errore esegetico, a cui

quelli sinora esposti servono di avviamento, e nel quale vien travolto tutto quanto il nostro testo. L'errore consiste nel disconoscere in vari modi l'importanza, la portata e la ragione delle distinzioni e degli esempi e dei principî relativi esposti nel nostro testo. Cito le principali asserzioni, che a mio avviso peccano per questo vizio.

Pomponio presenta gli esempi sia dell'edificio che dell'anello come esempi di unione di cosa non essenziale a formar l'intero (1); - come esempi di unione duratura (2), - come esempi di casi di unione, nei quali si può constatare che la cosa unita continua ad esistere immutata (3). - Egli presenta due casi, in cui ciò che si unisce conserva la sua esistenza separata, la sua indipendenza etc. (4). - Il primo esempio è esempio di unione, in cui una parte serve all'altra; il secondo è esempio di unione, in cui le due parti, che forman l'intero, stanno in rapporto di eguaglianza (5). - Il primo è esempio di unione di mobile a immobile, il secondo di unione di mobile a mobile, ma solubile (6) - Il primo esempio è esempio di unione di mobile a immobile, ma il secondo di unione di cosa, che è pertinenza e non parte integrante dell'altra (7). - Il primo esempio è esempio di unione di cose, che produce una « specie ideale », il secondo di un' unione, che non produce una tale « specie ideale » (8). - Il primo è esempio di unione di parte integrante, il secondo di parte non integrante (9).

Io dico che tutte queste asserzioni sono esegeticamente erronee. Ad esse oppongo la dimostrazione del piano generale di tutta la l. 30 e della evidente portata, che devono avere

---

(1) Ruggieri, o. c. §§ 200, 201.

(2) Pape o. c. l. c.

(3) Schneider, *Zeitschr. f. Schweiz. Recht.* II p. 599 citato dal Randa, *Besitz.* § 18 n. 13ª.

(4) Böcking, I § 124 n. 15. 16. - Brinz, I. p. 197 n. 33 - Schirmer a Unterholzner I. p. 159 n. 2. - Randa, *Besitz*, § 18. La formulazione di questa idea è diversa secondo gli scrittori, ma la sostanza identica.

(5) Kierulff, *Civilrecht.* p. 176 segg.

(6) Sintenis. o. c.

(7) Pampaloni o. c. l. c.

(8) Lenz, *Besitz.* p. 124 segg. p. 139 segg.

(9) Stephan *Archiv. f. civ. Pr.* XXXI, p. 373 segg. - Rudorff *Anhang*, n. 81.

gli esempi e i principii esposti nel paragrafo, che specialmente ci occupa. La l. 30, si apre colla determinazione del punto di questione: « rerum mixtura facta an usucapionem cuiusque praecedentem interrumpat ». Per risolvere questa questione generale, Pomponio ricorda poi, che le cose si distinguono in unite, composte, universitates rerum distantium. Dice poi che le cose unite non danno luogo a questioni; che danno invece luogo a discutere le cose composte e le universitates. Nel § 1, ora egli tratta la questione relativamente alle cose composte; nel § 2 relativamente alle universitates. Che cosa dobbiamo noi, vista la generalità del problema posto da Pomponio, viste le distinzioni, ch'egli fa, concludere? Questo: prima di tutto che nel § 1. egli non può occuparsi di altra unione, che non sia unione atta a formare una cosa composta. Le cose, di cui parlerà, devono essere sempre tali, che formino l'intero; gli esempi quindi devono essere esempi solo di una tale unione; le cose nominate devono essere veramente parti di un intero. Bisognerebbe che proprio egli esponesse un esempio, di cui senza dubbio si dovesse dire che non è esempio di unione in una cosa composta, perchè noi potessimo asserire, che nel nostro testo esiste un esempio di un genere d'unione diverso da quello, di cui Pomponio si deve occupare. Ma questa necessità non esiste: gli esempi, che nomina Pomponio, unione cioè di tegole e colonne in un edificio, unione di un anello in una gemma, sono veramente e naturalmente esempi di unione di parti di una cosa composta. È necessario invece uno sforzo per fingere un caso di unione, in cui quelle cose non si possano dir parte dell'intero. Perciò tutte le asserzioni suesposte, con cui o a entrambi o anche ad uno solo degli esempi nominati da Pomponio si nega il carattere di esempio di unione in una cosa composta, si devono dire prive di fondamento. In secondo luogo, dal momento che l'autore distingue i vari casi di unione in una cosa composta, secondo che la cosa unita resta mobile o no; dal momento che v'ha un esempio per il primo caso e un altro per il secondo, un principio per il primo ed uno per il secondo, noi non possiamo in nessuna maniera negare che gli esempi siano rispettivamente esempi di *tutti* i casi

di unione della prima e della seconda specie. Dobbiamo dire invece, che veramente gli esempi valgono come esempi di *ogni* caso di unione rispettivamente dell'una o dell'altra categoria. E dobbiamo anche dire che i principî esposti per ciascun esempio valgono per tutta la relativa categoria di casi. Codesta distinzione infatti è esauriente tutti i casi possibili di unione in una cosa composta. Se noi la manteniamo e diamo agli esempi e ai principî la portata ch'io asserisco, abbiamo quindi una decisione completa, esplicita della questione che l'autore si pone. Egli viene a dire: rispetto all'usucapione i casi di unione in una cosa composta si dividono in due grandi categorie: unione di mobile a mobile, mobile a immobile; per l'una vale un dato principio, per l'altra un altro. Se non la manteniamo, ciascun esempio non vale più che come una forma speciale di un caso d'unione rispettivamente di mobile a immobile, mobile a mobile; così anche il principio relativo vale solo per codesta forma speciale; e siamo quindi costretti, se vogliamo trovar decisa nel testo la questione per tutti i casi di unione in una cosa composta, ad attribuire a Pomponio delle sentenze indirette, sottintese, quando tutto lo dovea condurre a decidere direttamente, esplicitamente. Noi anzi in tal caso siamo costretti a dire che la distinzione fatta da Pomponio è oziosa o in tutto o in parte. Nè varrebbe obbiettare che, se si accettano alla lettera le distinzioni di Pomponio, esse e i principî relativi sono ingiustificabili. Se saranno tali, criticheremo l'autore; ma intanto, per risparmiargli la critica, non usiamo questa violenza al testo di attribuire agli esempi e ai principî contenuti in esso altra portata da quella, che veramente hanno. Tanto più che è una violenza inutile. Le asserzioni riferite provano ad evidenza che, appena gli esempi in discorso non si vogliono considerare come esempi di *ogni* caso di unione di mobile a immobile, mobile a mobile, vien meno ogni dato serio, per dire di quale altra categoria di casi di unione valgono come esempio. Ed è naturale che sia così. Siccome l'autore ha fatta una sola distinzione di casi e ha detto che due casi speciali sono esempi dei due membri della sua distinzione, gli interpreti che non

vogliono, che gli esempi fungano codesto ufficio, che nel testo ci sia quella distinzione, non possono mai accordarsi in una conclusione positiva, perchè lo scrittore effettivamente, non volendo fare che una distinzione, non può aver lasciata nel testo traccia di una distinzione diversa. Quando io leggo negli scrittori, che l'unione della gemma coll'anello è tipo di unione solubile, tipo di unione duratura, tipo di unione in cui le parti han rapporto d'uguaglianza, tipo di unione di parte non integrante etc. etc. io dico tra me che tutti han ragione. Ma appunto per questo dico anche, mi si passi il bisticcio, che tutti hanno torto. E il torto si è di voler che l'esempio in sè valga per tipo di un genere d'unione, mentre in sè non può assolutamente valere per tale. Pomponio stesso ora deve aver sentito che l'esempio in sè non significa nulla: dunque deve avere esplicitamente indicato di qual genere d'unione l'esempio vale per tipo. Questo è quello, che veramente fa, non solo per l'esempio della gemma e dell'anello ma anche per l'altro. Egli altre distinzioni tra i casi di unione non fa. Perciò io esegetico posso permettere ai teorici di ricercare per quale motivo egli fa codesta distinzione e non fa che questa (1). Ciò che non posso permettere è o che si voglia cancellare del tutto la distinzione, come oziosa, o sostituire in genere ad una distinzione esplicita delle altre, che lo scrittore non ha fatte e che per questo motivo nessuno è in grado più di dire quali sono. Riassumendo nel nostro testo non si può parlare che di unioni di parti di una cosa composta; nel nostro testo gli esempi valgono rispettivamente come esempi di tutti i casi di unione di mobile a immobile, mobile a mobile; i principî relativi sono comuni a tutti i casi della prima o della seconda categoria accennata. La distinzione è fatta non oziosamente, ma per uno scopo, che vedremo

(1) Per questo non ho parlato degli scrittori, che rispettano le distinzioni fatte nel testo, sia che ammettano o neghino nel caso dell'unione nell'edificio la continuazione dell'usucapione. Sono Sell, *Lehre von den dingl. Rechten* p. 141 segg. — Binding, *Arch. f. civ. Pr.* vol. 27 IX-XV. — Madai, *Arch. f. civ. Pr.* X. — Vangerow, *Pand.* I. § 204 n. 2. — Thibaut, *Arch. f. civ. Pr.* VII. n. 3. *System* § 211 n. c. d. — Wening-Ingenheim, *Lehrb. des gem. Civilrechts* ed. 5ª I. § 108.

poi. Tutte le asserzioni riferite mancano perciò di ogni fondamento.

Non mi smuove da questa conclusione la frase « cum utrumque maneat integrum. » Come per togliere all'esempio dell'edificio il carattere di esempio generale di unione di cosa mobile in una cosa composta immobile, si è ricorso alle ipotesi speciali summentovate, così per dire che l'unione della gemma e dell' anello non vale o come esempio di unione in una cosa composta, o come esempio generale di unione di mobile a mobile, si è ricorso a questa frase e si è detto dimostrar essa, come il caso della gemma e dell'anello ha qualche cosa di speciale, che non si verifica sempre, quando una cosa mobile viene unita a mobile, e trar Pomponio dal riguardo a questo carattere speciale la sua conclusione. Di queste due asserzioni la prima non mi riguarda più che tanto, per la ragione che non ammetto la seconda. Io confesso che la frase « cum utrumque maneat integrum » è molto vaga, tanto vaga che gli interpreti la tirano a sè in tutti i sensi, secondo i bisogni esegetici particolari. Io personalmente son disposto a pensare che l'integrità, di cui qui si parla, sia l'integrità del carattere di mobili, che conservano anello e gemma. Penso ciò, perchè questo è il punto differenziale di questo caso d'unione dal precedente, messo in luce da Pomponio e perchè l'uguaglianza dei due verbi « permanent » e « maneat », usato il primo per dir che le due cose restan mobili, il secondo per dir che restan integre, mi pare esprima un' uguaglianza di pensiero. È possibile però, che invece della integrità del carattere di mobili, Pomponio esprima la ragione superiore, per cui il rimaner le cose mobili fa sì, che possano essere possedute ed usucapite. Vado più in là: io posso anche ammettere, tanto la frase è vaga, che nel caso dell'anello si abbia un che di speciale. Ciò che io nego è che da questo carattere specialissimo Pomponio desuma la decisione: « et aurum et gemmam possideri et usucapi ». Egli infatti ha già presentato il caso, come esempio di unione tra mobili; egli ha detto « quid ergo » frase che esprime che dal fatto della permanenza della mobilità delle cose, egli deduce direttamente il suo principio;

se quindi accenna poi a un carattere particolarissimo, che ha il suo esempio, egli non può accennare ad esso che per recare un argomento in più a sostegno del suo principio, ma non come argomento esclusivo e quindi limitativo del principio stesso. Il suo principio cioè vale perchè le cose restan mobili; varrà per tutte le unioni quindi, in cui le cose restan tali; varrà tanto più, se a questa permanenza di mobilità si aggiungerà qualche fatto speciale, per cui si possa dire che le cose restano integre; ma non varrà mai solo se si verifichi questo fatto; varrà invece sempre che ci sia unione di mobile a mobile. Ancora un paio d'osservazioni: se davvero solo questo carattere specialissimo, che ha l'esempio, fosse la ragione del principio suesposto, si può mai credere che venisse accennato con termini così vaghi, che nessuno può dir con sicurezza quel che significano? E poi se Pomponio dice quel che avviene dato che l'unione abbia codesto carattere, perchè non dice quello che avverrà se l'unione non ha codesto carattere? Si possederà e si usucapirà la cosa composta, o solo l'anello o solo la gemma? Qui più che mai sarebbe stato necessario parlare; perchè dall'affermazione positiva non si può desumere un solo principio per i casi diversi da quello, per cui essa vale, ma più; deciso cioè in un modo un caso, ci son più modi e non uno solo, di decidere i casi differenti. Se Pomponio dunque tace, noi dobbiamo supporre, che non un caso speciale, ma un caso generale egli ha deciso, cioè il caso di unione di mobile a mobile; questo e quello di unione di mobile a immobile abbracciano così tutti i casi possibili di unione in una cosa composta; perciò il suo discorso è completo, il suo tema, per quanto riguarda l'unione in una cosa composta, è esaurito, la sua sentenza sempre esplicita e diretta.

Del resto, poi che sono a parlare della frase « cum utrumque maneat integrum » io non posso astenermi dal manifestare un dubbio, ed è che essa sia interpolata. Più cose mi fanno opinar questo. In nessun altro punto del testo, nè per affermare nè per negare, vien fuori questa idea dell'integrità della cosa. La frase è tanto vaga, che non si sa quel che significhi. La frase che deve valer come argo-

mento in sostegno del principio « et aurum et gemmam possideri et usucapi » vien dopo il principio stesso, mentre prima di questo c'è già un altro argomento; così il discorso assume un'andatura irregolare: prima si ha un argomento, poi il principio, poi un altro argomento. Nel caso dell'edificio e del gregge dopo la conclusione: « nihilominus usucapturum si aedificium possedisset », « singulorum animalium sicuti possessio ita et usucapio » non c'è altro argomento in favore della conclusione; solo nel caso intermedio dell'anello lo si avrebbe. Così la frase oltre ad essere infelice, rompe l'armonia generale del discorso di Pomponio: è una stonatura, un disordine. Il passo sarebbe perfetto, se si chiudesse colle parole « possideri et usucapi. » Ciò mi pare renda legittima la mia congettura. Alla quale del resto non do importanza, perchè, come ho detto, la si ammetta o no, nè si altera per nulla il piano del testo, nè si può leggere in esso un principio diverso pel caso di unione di mobile a mobile o una ragione diversa da quella che ho detto.

Vista la insostenibilità di tutte queste ipotesi e congetture, fatte per spiegare il nostro testo, si domanda come dunque va interpretato. La domanda, si capisce, non può oramai riferirsi che alla prima parte del passo. L'ultima infatti noi l'abbiamo già spiegata nel corso della discussione. Pomponio dice in questa, che se si uniscono cose mobili a mobili, come una gemma ad un anello in tal caso si possiedono e si usucapiscono entrambe le cose, poichè entrambe conservano la primitiva natura di mobili (?). Resta a spiegare solo la prima parte del passo. Ma anche per questa abbiamo già stabilito un punto di grande importanza: noi sappiamo che essa deve contenere esclusivamente la regola generale per ogni caso di unione di mobile a immobile. Noi non abbiamo più a ricercare, se non qual'è codesta regola.

Tutta la questione si riduce oramai a vedere, come il testo va tradotto. Sul modo di traduzione parrebbe non dovesse cader dubbio; tutti gli scrittori infatti, due soli, come vedremo, eccettuati, ammettono che se si vuole tradur « nihilominus » per *tuttavia,* come io ho detto si deve fare, e « con-

iicere in aedificium » per « incorporare in un edificio » il senso naturale del passo può essere soltanto questo: se alcuno, a cui mancavano dieci giorni ad usucapire delle tegole o delle colonne, le avrà incorporate in un edificio, nondimeno compirà nei dieci giorni successivi la incominciata usucapione, purchè abbia posseduto l'edificio. I due scrittori, che formano eccezione sono l'Hölder e lo Stephan. Il primo sostiene che Pomponio afferma bensì continuar l'usucapione, ma solo dopo che i materiali uniti nell'edificio, ne sono stati separati, di modo che l'unione produce riposo, non però interruzione dell'usucapione (1). Contro una simile interpretazione io osservo soltanto, che nel testo non c'è una parola, la quale indichi che il compimento dell'usucapione deve verificarsi dopo sciolto l'edificio. Due soli fatti si possono al più trovar indicati nel testo come condizione del compimento dell'usucapione: il possesso dei materiali prima della unione (2) e il possesso dell'edificio. Se fosse stata intenzione di Pomponio di dir quello che l'Hölder vuole, egli avrebbe dovuto aggiungere un terzo requisito, cioè il possesso dei materiali dopo sciolto l'edificio. Questo requisito non é indicato; ciò vuol dir dunque che si parla di una usucapione, la quale si compie senza bisogno di esso, ossia prima della dissoluzione dell'edificio. Dirò poi quel che sostiene l'altro scrittore, perchè io accetto l'interpretazione da esso proposta (3). Prima proverò che la traduzione comune suesposta è errata, essendo questa la miglior via per provare la bontà di quella proposta dallo Stephan.

Per convincersi che il modo comune d'interpretare le parole di Pomponio è erroneo, basta osservare anzitutto che la distinzione, ch'egli fa, tra i casi di unione in una cosa composta, secondo che la cosa che si unisce viene immobilizzata o rimane mobile, non può esser fatta oziosamente. E oziosamente sarebbe fatta, se i principii, che valgono per

---

(1) *Arch. f. civ. Pr.* V. 61, p. 285 segg. *Krit. Vierteljahrschr.* N. F, XXIX p. 139 segg.

(2) Dimostrerò in seguito che questo possesso non è nominato come requisito del compimento dell'usucapione.

(3) O. c. l. c. Questo autore erra solo nell'interpretare la seconda parte del passo, quindi nella teoria relativa alla questione che sta a tema di questo scritto.

l'usucapione nei due casi, fossero uguali. Un principio uguale non può derivare che dalla qualità comune dei due casi, di essere cioè unione in una cosa composta. Perciò per affermare un principio uguale, non c'era bisogno di distinzioni di sorta. Se tuttavia si fanno, conviene concludere che veramente nei due casi l'usucapione cominciata subiva sorti diverse. Un altro argomento a favore di questa conclusione è dato dal confronto di ciò che si dice nel nostro testo pel caso dell'edificio, esempio generale, oramai lo sappiamo, di unione di mobile a immobile, con quel che si dice pel caso dell'anello, esempio generale di unione tra mobili. Per l'unione tra mobili il nostro testo decide così: « quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in annulo gemma? in quo verum est et aurum et gemmam possideri et usucapi, cum utrumque maneat integrum. » Ora si veda, qui si comincia col notare, che tra il caso di unione tra mobili e quello di unione tra mobile e immobile corre la sostanziale differenza, che la cosa unita in un caso resta mobile, nell'altro diviene immobile. Qui si dice che, mentre le due cose mobili rimangono integre, invece nell'unione in un edificio, una almeno delle cose cioè la cosa mobile riunita, non rimane integra; noi dobbiamo dunque concludere, che per il caso di unione di mobile a mobile Pomponio vuol manifestare un principio diverso da quello, che dice prima per l'unione di mobile a immobile. Egli infatti non può rilevare la differenza nei presupposti, che per dimostrare la differenza delle conseguenze. Le stesse parole « quid ergo » « in quo verum est » si adattano solo ad esprimere il passaggio da un fatto ad un altro, da un principio ad un altro. La frase « quid ergo » la troviamo infatti usata nella stessa legge come passaggio a dire qual'è la regola, che vale per le universitates rerum distantium; regola, di cui è detto prima, che sarà diversa da quelle esposte per le cose semplici e composte. In generale, la frase « quid ergo » è usata per unir la trattazione di due casi, che presentano una fattispecie esteriormente simile. Da essa non si può concluder altro che l'esistenza di questa simiglianza esterna. Dipenderà poi dall'essere o no uguale anche

l'intima sostanza giuridica, dall'essere cioè o no uguali le circostanze di fatto giuridicamente rilevanti, che anche le decisioni siano uguali nei due casi o invece diverse. In tanto ha quindi ragione il Randa, quando scrive che « quid ergo » prova come le due decisioni di Pomponio derivano dallo stesso principio, (1) in quanto si può sostenere, che sia conseguenza di un medesimo principio l'ammettere una cosa, se si verificano le circostanze a cui è legato il principio, e il non ammetterla, l'ammettere invece una cosa opposta se le circostanze sono diverse od opposte. Si veda ad es. l'uso di « quid ergo » nella l. 7. § 1. D. de iniur. 47. 10. Qui si dice, che il pretore non darà l'actio iniuriarum, se si accuserà uno di omicidio di uno schiavo, perchè coll'actio iniuriarum si persegue principalmente il delitto; ora pel delitto d'omicidio c'è allo stesso scopo il giudizio pubblico, il quale esclude il delitto privato. « Quid ergo » si dirà, prosegue il giureconsulto, se si agirà coll'actio legis aquiliae per codesta uccisione? E risponde: in questo caso si accorderà l'azione, perchè con questa non si persegue principalmente il delitto, ma si ricerca il risarcimento del danno: c'è dunque la somiglianza esteriore, ma c'è la diversa sostanza giuridica: le due sentenze derivano da un solo principio, ma soltanto nel senso indicato e sono in realtà diverse. Nel nostro testo ora c'è la somiglianza esterna, cioè l'unione di una cosa ad un'altra in una composta, ma c'è anche la diversa sostanza giuridica; le circostanze infatti dell'unione sono diverse: nell'un caso la cosa unita diventa immobile, nell'altro resta mobile. L'*ergo* deve segnar dunque passaggio a un principio contrario al precedente e non già ad uno uguale. Ma, dice il Randa, non si vede l'intima ragione della distinzione tra unione in un immobile e in un mobile. Meglio avrebbe detto, che non ce la vediamo noi, o che non la vede lui. È certo però che dovea, per quanto ho detto, vedercela Pomponio; se no la distinzione da lui fatta sarebbe oziosa, assurda. Appunto perchè la distinzione agli occhi di Pomponio è importante, l'*ergo* lega due casi diversi, due sentenze diverse. Stabilito

(1) O. c. § 18. n. 8. Cf. Brinz. I. p. 182, n. 1, ove è ripetuto lo stesso argomento.

così il senso di « quid ergo », è stabilito anche quello di « in quo verum est; » la frase deve significare « in questo caso invece. » Questo è del resto il suo significato naturale. Chi dice di un caso, dopo aver dato una sentenza per un altro: « in questo caso è vero che etc. » non può pensar altro se non che la sua sentenza vale per questo caso speciale e non vale per l'altro, cioè è diversa da quella data pel primo. Tanto è vero esser codesto il senso naturale della frase, che il Windscheid, per spiegare com'essa possa indicare un'uguaglianza di decisioni, benchè sembri altrimenti, è costretto a ricorrere all'idea, che Pomponio volesse dire con essa aver egli primo scoperto il principio, in discorso!!! (1) (2) Ammesso questo, cioè che la regola per l'unione di mobile a immobile dev'essere diversa da quella, che vale per la unione di mobile a mobile, siccome quest'ultima si è che i mobili si possedono e si usucapiscono a parte, perchè restano mobili, integri, vuol dire che la prima sarà, che i mobili uniti in un edificio non si possiedono e non si usucapiscono a parte, perchè non restano nè mobili, nè integri. Ora secondo la traduzione accennata le due regole, invece di essere diverse sarebbero eguali: i mobili uniti nell'edificio si possederebbero e si usucapirebbero a parte; l'edificio è sottinteso che si può usucapire; dunque, come a parte si possiede e si usucapisce la gemma e l'anello, così a parte si possederebbe e si usucapirebbe l'edificio e le sue parti. In tal modo, mentre nel testo devono senza dubbio essere contenute due regole diverse, mentre tutto il ragionamento dell'autore e le sue esplicite dichiarazioni conducono a stabilir quali sono codeste due regole, noi, accettando la traduzione suesposta, avremmo due regole uguali; l'autore rileverebbe la diversità dei presupposti, per provare un'uguaglianza dei principî, farebbe un ragionamento che deve condurre a un risultato, per arrivare ad un altro; ciò vuol dire che quella traduzione è sbagliata.

(1) *Sell's Jahrb.* O. c. p. 457 n. 4.

(2) L'Hölder spiega « in quo » (scilicet anulo); mi sembra però un errore manifesto. *Krit. Vierteljahrschr.* V. 7. v. X p. 445.

Io non voglio però nascondermi un'obbiezione. Si potrebbe dire: ammettiamo che evidentemente per i due casi di unione Pomponio deve esporre regole differenti. Ma la differenza esiste, anche accettando la traduzione suaccennata. Soltanto questa differenza non cade sull'usucapione, cade sul possesso. Mentre infatti Pomponio dice che gemma e anello si possiedono e si usucapiscono a parte, dei materiali uniti all'edificio dice solo che si usucapiscono, possedendo l'edificio. Ciò vuol dire adunque che ammetteva si usucapissero senza possesso (1). La differenza adunque c' è: la traduzione, che io combatto, può reggere. Ma non può essere una differenza solo nel possesso, che Pomponio deve voler porre in rilievo. Egli dice anzitutto di voler occuparsi direttamente dell'effetto di una rerum mixtura rispetto all'usucapione; ciò dimostra ch'egli deve trattare principalmente dell'usucapione e solo secondariamente del possesso. Poi nel § 2 della nostra legge egli scrive: « non autem grex universus sic capitur usu quomodo singulae res, nec sic quomodo cohaerentes. » Anche queste parole provano, che il suo discorso s'aggira sulle differenze rispetto all'usucapione. Non par dunque probabile, ch'egli rilevi l'accennata differenza tra i due casi di unione in una cosa composta, se questa dovea cadere, non sull'usucapione, ma sul possesso, non sul punto principale, ma sul punto secondario del suo discorso. Si aggiunga; chi facesse codesta obbiezione dovrebbe anche spiegare due fatti: il primo si è come mai Pomponio dice: « non autem grex universus sic capitur usu quomodo singulae res, nec sic quomodo cohaerentes. » Se a parte si usucapiscono i materiali e l'edificio, la gemma e l'anello, siccome anche i singoli animali si usucapiscono a parte, ne verrebbe che, quanto all'usucapione, non ci sarebbe la differenza, che colle parole riferite Pomponio dice invece esistere tra l'unione in una cosa composta e in una università di cose. Bisognerebbe qui pure dire, che Pomponio afferma con quelle parole, non una differenza nel-

(1) È l'idea del Lenz, *Besitz* p. 124 segg., p. 139 segg. e del Pampaloni, se ben comprendo le sue parole o. c. p. 112.

l'usucapione, ma nelle vie, che menano all'usucapione. Chi però può credere questo? L'altro fatto da spiegare è il seguente: Pomponio dice in principio del passo di voler esaminare, se l'unione interrompe l'usucapione. Ora se davvero i materiali e l'edificio si usucapiscono a parte, siccome lo stesso avviene della gemma e dell'anello o degli animali, Pomponio avrebbe dovuto dare una sola risposta, cioè: l'usucapione non è mai interrotta. Se egli distingue i vari casi, se fa un così lungo discorso, vuol dire invece che una differenza rispetto ai vari casi c'era, quanto all'interruzione dell' usucapione. Essendo ora uguale la decisione del secondo caso e del terzo, vuol dire che la differenza esisteva sempre rispetto all'usucapione, tra il primo e il secondo, tra l'unione nell'edificio e l'unione della gemma e dell'anello.

Codesta obbiezione pecca del resto per altri rispetti. Che Pomponio neghi assolutamente il possesso dei materiali nell'edificio, per me è un fatto certo. Infatti le parole « si aedificium possedisset » da un lato « in quo verum est et aurum et gemmam possideri et usucapi » « singulorum animalium sicuti possessio ita et usucapio » provano troppo chiaramente, che nel caso dell'edificio Pomponio ammette per possibile il solo possesso dell'edificio e non mai quello dei materiali. Inoltre l'argomento che le cose unite restan mobili, restan integre Pomponio lo reca a giustificazione non solo della continuazione dell'usucapione della gemma e dell'anello, ma anche a giustificazione della continuazione del loro possesso. Ciò prova che, venendo a mancare la natura di mobili, che hanno i materiali, perdendo questi la loro integrità, non può durare a suo avviso neppure il loro possesso. Ma se Pomponio non ne ammette il possesso, è possibile che ne ammetta tuttavia l'usucapione? No. Egli in tutto il nostro passo lega l'usucapione al possesso; dice che si usucapisce l'oro e la gemma, perchè si possiedono distintamente, che c'è una speciale usucapione dei singoli animali, perchè c'è uno speciale possesso; ciò dimostra, ch'egli fa dipendere sempre l'usucapione dal possesso, e non ammette quella senza di questo. Il requisito del possesso

per usucapire parea inoltre così necessario ai giuristi romani, che per non lasciarlo cadere in certi casi, ricorsero all'idea di una possessio plurium in solidum o di una contemporaneità di possessi l'uno ingiusto e l'altro giusto, l'uno con una causa l'altro con un'altra, l'uno ad un fine l'altro ad un altro. Pomponio poi è tra quelli, che tennero più fermo all'idea di un contemporaneo possesso di più persone per spiegare l'usucapione dell'una la protezione interdittale dell'altra (l. 15 § 4 D. de prec. 4 l. 25). Si era così rigorosi su questo punto che, mentre troviamo ammesso a favore del liber homo bona fide serviens l'acquisto della proprietà per tradizione senza possesso, troviamo invece negarglisi la capacità di acquistare per usucapione perchè non può possedere. Il Pampaloni per verità dice che per eccezione, *utilitatis causa* fu ammesso talora un'usucapione senza possesso e cita le l. 1 § 14 D. a p. 41. 2. l. 17 § 3 D. de furtis 47. 2. Ma è ben questo che non è vero. Appunto per poter ammettere il compimento dell'usucapione delle cose tenute dal servo in fuga, benchè per mezzo di un tal servo si deva dire che noi non possediamo nulla, si ricorse alla finzione che noi possediamo le cose da lui tenute, ma solo agli effetti dell'usucapione. Per questi effetti soltanto si dice che noi continuiamo a possedere il servo in fuga « quod enim videor possidere ad usucapionem tantum mihi proficere Julianus scribit » (l. 17. § 3 cit.), e per questi effetti soltanto si ammette che, possedendo il servo, possediamo anche le cose da lui tenute. Questa idea è ammessa da Pomponio; tanto è vero che dopo le citate parole della l. 17 § 3, si dice: dicit igitur Pomponius etc. Dunque possesso senza usucapione i romani non l'hanno mai ammesso e non lo ammise Pomponio. La massima « sine possessione usucapio contingere non potest » non soffre eccezioni. Il Pampaloni quindi, che molto giustamente rileva, come nel nostro testo è negata la continuazione del possesso, deve accordarsi con me anche nella conclusione che l'usucapione è interrotta. È vero adunque, tornando là donde siamo partiti, che tra i due casi di unione corre la differenza asserita rispetto al pos-

sesso; ma appunto per questo c'è anche la differenza rispetto all'usucapione, quella differenza, che, accettando l'interpretazione suaccennata, non esisterebbe. Questa scappatoia adunque che la differenza non cada sull'usucapione, ma sul possesso, per spiegare come Pomponio possa affermare che altro è il principio che vale per l'unione di mobile a mobile, altro quello che vale per l'unione di mobile a immobile, non serve. Il nostro argomento surriferito mantiene tutta la sua forza. Pomponio non può dire nel nostro testo, che l'usucapione dei materiali continui.

Codesto argomento però non è il solo. Pomponio dice che l'anello e la gemma rimangono integri, per provare non solo che ne continua il possesso, ma anche che ne continua l'usucapione. Per lui la continuità dell'usucapione dipende dal continuare, che fanno codeste cose ad esser mobili, integre. Vuol dire adunque che, dove questa continuità vien meno, per lui non solo deve venir meno il possesso, ma deve venir meno l'usucapione. Ed è giusto tal ragionamento. Si può infatti pensare usucapione senza possesso; in qualche maniera si può giungere in certi casi ad ammetter questo; ma è contro alla vera logica giuridica ammettere, che si continui ad usucapire una cosa, la quale muta natura, identità. Quando ciò accade il diritto romano ammette persino estinzione del diritto di proprietà, come se un fondo si converte per innondazione in uno stagno. Ora noi non dobbiamo vedere, se veramente l'unione nell'edificio tolga l'identità primitiva dei materiali. È certo però che per Pomponio avveniva un mutamento sostanziale nel loro essere; giustamente quindi egli non poteva pensare che ne continuasse l'usucapione.

Si aggiunga: secondo l'interpretazione, che sto combattendo, è sottinteso nel passo che l'usucapione si compirebbe dopo dieci giorni. Ma Pomponio dice che i materiali sono diventati immobili. Al suo tempo ad usucapire gli immobili erano necessari due anni. Se ammetteva ora che l'usucapione continuasse, era strettamente necessario ch'egli dicesse se bastavano dieci giorni ad usucapirli, o se ne

occorrevano venti. Egli invece tace; il suo silenzio significa che non era necessario di questo; ma non era necessario solo a patto che l'usucapione non continuasse; vuol dire dunque, che in realtà egli non ne ammetteva la continuazione.

Da ultimo se Giavoleno pensava quanto all'usucapione diversamente da Labeone, come sarebbe avvenuto, secondo la interpretazione comune, e Pomponio invece s'accordava con Labeone e discordava da Giavoleno, è possibile credere che nè Giavoleno accennasse a un parere diverso di Labeone, nè Pomponio a quello di Giavoleno? Più ancora, data tale diversità di pareri tra Labeone e Pomponio da un lato e Giavoleno dall'altro, è possibile che gli scrittori posteriori a Pomponio non ne facessero cenno neanche con un semplice « quaesitum est? » Eppure è quel che avviene. Questo fatto acquista particolare importanza, se si considera, che questi scrittori si conosceano l'un l'altro. Giavoleno scrisse in un tempo, in cui l'autorità di Labeone era grandissima; Venuleio nega il possesso delle tegole, che è qui negato anche da Pomponio. Paolo, nella l. 30 D. a. p. 41. 2, nomina le tre cose nominate da Pomponio come esempio di cosa composta e nello stesso ordine tenuto da questo. Egli concorda apertamente con lui quanto a non ammettere il possesso delle parti dell'edificio: discorda solo, come a me pare, sul possesso delle cose mobili unite a mobili, e forse è per questo che l'asserzione relativa alla nave e all'armadio è separata dall'asserzione relativa all'edificio. Gaio e Paolo rispettivamente nelle l. 7. § 11 D. a. v. d. 41. 1, l. 23. § 7 D. de rei vind. 6. 1. danno chiaramente a divedere, che per essi usucapione indipendente diretta delle parti di un edificio non esiste. Tutto questo mi pare dimostri un accordo completo dei nostri scrittori tanto rispetto al possesso dei materiali quanto rispetto all'usucapione. Pomponio deve pensare come Giavoleno, come Venuleio, come Gaioe come Paolo; non c' è possesso dei materiali e non c' è quindi usucapione.

Dopo queste osservazioni, io spero che il lettore ammetterà con me, che l'interpretazione comune, apparentemente natu-

rale, spontanea, della parte del testo relativa all'edificio non può essere giusta. Pomponio non può assolutamente ammettere che l' usucapione dei materiali continui. Noi però non siamo così arrivati per via di esclusione solo ad un risultato negativo, ma anche ad uno positivo. Infatti essendo provato oramai che « nihilominus » deve avere significato affermativo, che cioè nel testo deve essere ammesso che i materiali nell'edificio si usucapiscono, e ciò non per un caso speciale, ma come regola generale, essendo però provato anche che questa usucapione non può essere quella cominciata, quando i materiali erano mobili, noi dobbiamo concludere, che l'usucapione, che Pomponio ammette come regola generale è un' altra, e questa può essere solo l'usucapione dei materiali, che è conseguenza del possesso e dell'usucapione dell'edificio. Pomponio insomma dice nel nostro testo, che uniti i materiali in un edificio, si può ancora acquistarne la proprietà coll'usucapione dell'edificio; ma essi nè si posseggono nè si usucapiscono più a parte; invece unita una cosa mobile a mobile in modo da avere una cosa composta, si ha uno speciale, indipendente possesso, una speciale, indipendente usucapione di ogni singola cosa unita.

Questa interpretazione si accorda con tutti i fatti posti sopra in rilievo e tutti li spiega. Pomponio vuole evidentemente porre in luce una differenza, che corre *sempre quanto all'usucapione* tra i due casi di unione in una cosa composta, e la differenza c'è: la cosa mobile unita ad un immobile non si possiede, nè si usucapisce per sè indipendentemente dall'intero, ma solo per conseguenza dell'usucapione dell'intero; la gemma invece e l'anello si possiedono e si usucapiscono per sè. — Pomponio dice che i materiali diventano immobili, che non rimangono pel fatto dell'unione integri, che invece restano mobili, integri la gemma e l'anello. Or bene: quella diversità di principî rispetto all'usucapione sta in corrispondenza con questa diversità di presupposti. — Pomponio asserisce che le universitates rerum distantium non si usucapiscono come le cose composte; e in realtà in una universitas rerum distantium c'è sempre uno speciale

possesso ed usucapione delle singole cose; nell'unione invece in una cosa composta, ora si usucapisce l'intero e solo per conseguenza di questa usucapione le parti, ora si usucapiscono a parte, indipendentemente le singole cose. — Pomponio nega, che ci sia possesso dei materiali nell'edificio e coerentemente nega anche che si usucapiscano a sè, che ne continui la cominciata usucapione. — Egli presenta mediante il « nihilominus » l'unione come un ostacolo all'usucapione dei materiali e veramente l'unione si dimostra tale; essa impedisce l'incominciata usucapione, lascia solo sussistere la possibilità di acquistare i materiali coll'usucapione dell'edificio. — Pomponio ammette il solo possesso dell'edificio e coerentemente ammette che solo questo si usucapisca direttamente. — Egli non confuta l'unione contraria di Giavoleno, malgrado che la conosca, nè Paolo o Gaio o Venuleio combattono la sua, malgrado che senza dubbio Paolo almeno conoscesse questa legge, perchè son tutti d'accordo sul punto, che possesso e usucapione indipendente dei materiali non esiste. — Egli parla distesamente dei vari casi di unione, perchè infatti bisognava distinguerli, valendo pel primo un principio diverso da quello, che vale per gli altri due.

Io però non mi nascondo le obbiezioni, che si possono fare contro questa interpretazione, ma non mi paiono insuperabili. Codeste obbiezioni sono in complesso le seguenti: — Si parla nel passo dell'usucapione dei materiali, si dice che alla loro usucapione mancano dieci giorni; se quindi dopo Pomponio scrive « nihilominus usucapturum » ciò vuol dire, che malgrado l'incorporazione dei materiali, pure si compie l'usucapione prima cominciatá, possedendo l'edificio pei dieci giorni che mancano; e non già che i materiali si usucapiscono, usucapendo l'edificio. — Se fosse vera l'interpretazione, ch'io sostengo, Pomponio avrebbe dovuto dire: non già « si aedificium possedisset, » ma « si aedificium captum esset. » E non avrebbe dovuto dire « usucapturum, » ma « dominium acquisiturum » o altra frase simile, perchè effettivamente usucapione dei materiali non ha più luogo. — Ma poi; perchè dire, che il possessore malgrado abbia inse-

riti i materiali nell' edificio, nondimeno li usucapirà, se l'acquisto della proprietà era conseguenza dell'intero? In tal caso il possesso anteriore non contava per nulla; ciò che contava era solo il possesso dell'edificio; dunque Pomponio fa un'ipotesi oziosa, parlando di codesto possesso; il quesito ch'egli dovea porsi si era: se usucapito lo edificio si acquista la proprietà dei materiali altrui, che lo compongono e niente altro. — Infine la sentenza di Pomponio sarebbe contraria a quelle di Paolo e di Gaio surriferite, secondo le quali non si usucapiscono i materiali coll'usucapione dell'edificio.

Le obbiezioni sono, come appare, molto serie; io però credo che cadano tutte, meno l'ultima della quale dirò poi, di fronte alle seguenti considerazioni. Che una cosa mobile unita in un immobile non si potesse usucapire in forza del possesso suo entro l' edificio era già principio stabilito da Giavoleno e accolto dalla giurisprudenza. Questa questione era, al tempo di Pomponio, decisa. La domanda che sola ancora potea farsi era, se, non potendo più usucapire i materiali a parte, il possessore dell'edificio può acquistarne però la proprietà, usucapendo l'edificio. Noi ora abbiamo visto, che un simile quesito viene posto da Paolo e da Gaio con termini imprecisi così: usucapito l'edificio, sono *usucapiti* i materiali? Quegli scrittori parlano dunque, come se l' usucapione dell' intero importasse una contemporanea usucapione dei materiali. Questa inesatta formulazione della questione probabilmente era antica. Nella l. 3 § 3 D. a. p. 41. 2. è scritto: « ceterum quod Brutus et Manilius putant eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam thensaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse, non est verum. » Bruto e Manilio pensavano che il tesoro fosse parte del fondo e, pensando questo, anch' essi si pongono il quesito accennato nella maniera imprecisa, con cui se lo pongono Gaio e Paolo. Noi possiamo concludere che era costante abitudine dei romani di formulare il quesito suesposto così come fanno questi scrittori; scrivendo cioè come se ammettessero due usucapioni, che si compiono col solo possesso dell'immobile, mentre in realtà han la coscienza che non se ne compie che una direttamente, quella dell'in-

tero. Osservo infine, che quantunque Pomponio dica veramente di voler studiare se la rerum mixtura interrompe l'usucapione delle cose prima disunite, effettivamente tutto il suo discorso cade poi direttamente sul possesso e l'usucapione delle parti di cose unite; solo indirettamente da ciò che dice sul possesso e sull'usucapione di queste si desume ciò che avverrà dell'usucapione prima cominciata. Così egli non parla dell'interruzione, parlando della gemma e dell'anello, nè parlando del gregge; ma nell'uno e nell'altro caso si raffigura la cosa come già unita e dice che la gemma e l'annello, e i singoli animali si possiedono e si usucapiscono a parte. Egli lascia al lettore di desumere da questi principii la sorte dell'usucapione cominciata. Chi vuol vedere come il quesito dell'interruzione sia, non dico dimenticato, ma sostituito nel corso della discussione da un altro più ampio, dalla risoluzione del quale dipende quella del primo, non ha che a notar il senso delle parole: « non autem universus grex, sic capitur usu quomodo singulae res, nec sic quomodo cohaerentes. » Esse sono il riassunto della discussione prima fatta e servono d'introduzione alla discussione successiva; in esse ora è precisamente colto il punto di discussione, che non è l'interruzione dell'usucapione delle cose possedute disgiunte, ma il modo con cui si compie l'usucapione delle parti di cose già unite. Per questo nel § 2 prima lo scrittore dice che non si possiede tutto il gregge, ma i singoli capi; solo dopo seguita dicendo: « nec si quid emptum immixtum fuerit gregi, » etc. (1).

Questi tre fatti: l'essere ammesso al tempo di Pomponio che i materiali nell'edificio non si possiedono, nè quindi si usucapiscono, il modo comune con cui gli scrittori si pongono il quesito, se acquistato per usucapione l'intero è perciò acquistata la proprietà della parte, il non studiare Pomponio direttamente la sorte dell'usucapione incominciata, ma bensì

(1) L'aver trascurato di notar questo condusse il Savigny, e dopo lui tanti, a dir che qui Pomponio decide dell'usucapione di ciò che si è prima posseduto e non del possesso e dell'usucapione delle cose composte e che per i due casi valgono principii diversi. Per Pomponio invece la questione è sempre una.

come si compie l'usucapione delle parti già unite di un intero spiegano la costruzione del nostro testo. Pomponio suppone un edificio costruito; le parti di questo edificio non si possono possedere, nè quindi usucapire; per l'unione l'usucapione è interrotta; tutto questo però egli non lo dice che indirettamente come cosa nota o evidente. Che non continui il possesso nè l'usucapione, egli lo dice colla frase « si aedificium possedisset » e dichiarando invece esplicitamente che possesso e usucapione continuano negli altri casi di unione. Ciò che gli rimaneva a dire e che dovea dire, era solo: queste parti, che non si possono usucapire direttamente, non si acquisteranno mai? Ed egli risponde di sì; ma invece di dire, come avrebbe dovuto, se ne acquista la proprietà, usucapendo l'intero, usa anch'egli la fraseologia comune e dice: si usucapiranno i materiali col possesso dell'edificio. Da questa fraseologia dipende pure l'uso del « nihilominus »; con esso egli viene a dire: malgrado che l'unione faccia cessare l'usucapione di prima, resta la possibilità di acquistare per usucapione i materiali altrimenti. Ecco come Pomponio arriva ad esprimere ellitticamente, ma oscuramente, l'idea che nell'edificio non si possedono e si usucapiscono a parte i materiali, ma si acquistano per l'usucapione dell'intero, che rimane possibile. Si può obbiettare che il passo è di Labeone, al tempo del quale Giavoleno non aveva ancora affermata la sua teoria. Ma noi non abbiamo qui il testo originale di Labeone; l'infinito « usucapturum » mostra che abbiamo una citazione indiretta; Pomponio riferisce un'opinione, non le parole di Labeone. Quest'opinione, a ogni modo, l'avrebbe egli citata se non fosse stata conforme alla teoria di Giavoleno?

Questa spiegazione, che a me pare indiscutibile, toglie di mezzo tutte le obbiezioni surriferite, l'ultima eccettuata. Pare che la frase « nihilominus usucapturum » si riferisca all'usucapione dei materiali, come cosa mobile; ma non è; si dice che « nondimeno si usucapirà » perchè, malgrado che l'incorporazione tolga l'usucapione particolare dei materiali prima cominciata, pure essa lascia sussistere la possibilità di usucapirli (impropriamente parlando) coll'usucapione del-

l'edificio. — Non era necessario dire « si aedificium captum esset » perchè, dicendo che il motivo per cui si usucapiscono i materiali è il possesso dell'edificio, si capiva che questo possesso dovea durare, finchè potea produrre l'acquisto della proprietà nell'edificio e per conseguenza dei materiali. Era invece opportuno dire « si aedificium possedisset » perchè così si indicava precisamente che, pure estinto il possesso dei materiali, rimaneva un altro possesso, che era causa della loro usucapione. — La parola « usucapturum » è usata nel senso improprio, in cui la troviamo usata da Gaio nella l. 7, § 11 D. a. r. d. 41. 1, da Paolo nella l. 23 § 7 D. de rei vind. 6. 1, da Bruto, Manilio e Paolo stesso nella l. 3 § 3 D. a. p. 41. 2, citata. — Si parla della cominciata usucapione, perchè il quesito, come lo formula in principio del passo Pomponio, ha per presupposto un'usucapione cominciata. Se questa poi non conta per nulla per l'usucapione dei materiali, ciò non toglie che non se ne potesse far cenno. Del resto io son persuaso che troviamo qui un esempio di usucapione cominciata, solo perchè si trovava in Labeone un passo, che lo conteneva e che stava quindi bene citato subito dopo l'accennata formulazione del quesito. Tosto che Pomponio si allontana da questa formulazione, tosto che parla direttamente, come fa senza dubbio trattando delle « universitates », l'esempio della cominciata usucapione non viene che dopo aver deciso del modo, con cui si possiede e si usucapisce un gregge.

L'ultima obbiezione non ha alcun valore. Io non voglio entrare in tentativi di conciliazione dei vari frammenti, che trattano, se usucapito l'intero è usucapita la parte. Mi limito a notare che Paolo e Gaio studiano non in generale codesta questione, ma bensì se codesto acquisto delle parti coll'usucapione dell'intero si verifichi, quando altri era il proprietario dei materiali, altri quello dell'edificio. Siamo noi sicuri, che Pomponio pensasse a questo caso o non invece a quello in cui il proprietario dell'edificio era pure il proprietario dei materiali? Ma anche ammettendo, che il nostro testo secondo l'interpretazione proposta vada contro all'opi-

nione di Gaio e di Paolo, è per questo da respingere l'interpretazione stessa? Il nostro testo non contiene una esplicita antinomia anche col testo di Ulpiano, di cui ci siamo occupati? E Gaio non presenta il caso in questione come ancora controverso? Che di più naturale adunque che Pomponio ammetta per effetto dell'usucapione dell'intero l'acquisto delle parti, quantunque altri scrittori posteriori a lui lo neghino? In generale per toglier di mezzo un'antinomia, non è da sacrificare il senso di un frammento, se questo risulta per molte ragioni evidente, e tale oramai mi sembra debba apparire il senso del nostro, come fin qui fu esposto.

MACERATA, *1° maggio 1888.*

SILVIO PEROZZI.